

C-225-19

Sentencia C-225/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Jurisprudencia constitucional

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-Incumplimiento de requisitos de certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia en los cargos

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PLASMADO EN EL INCISO TERCERO DEL ARTICULO 29 DE LA CONSTITUCION POLITICA-Se dirige al juzgador y supone la existencia de estatutos permisivos o favorables que coexisten junto a normas restrictivas o desfavorables

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL-No desconocimiento en ninguna circunstancia

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL-Alcance

El alcance normativo de esta figura jurídica implica que el legislador, en ejercicio de su potestad de regular los mecanismos para el ejercicio del ius puniendi y dentro del amplio margen de configuración que le asiste para determinar la política criminal que considere más conveniente, puede establecer un régimen penal más o menos restrictivo. En dicho marco, el principio de favorabilidad permite que las personas procesadas penalmente tengan el derecho a la aplicación de las disposiciones que menos afecten o restrinjan sus derechos fundamentales

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL-No distinción entre normas sustantivas y procesales/APLICACION DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD-Es tarea que compete al juez de conocimiento, en cada caso particular y concreto, pues solo a él le corresponde determinar

cuál es la norma que más beneficia o favorece al procesado/PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL-Naturaleza de derecho fundamental de aplicación inmediata y carácter intangible

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD-Conserva plena efectividad frente a normas que regulan la vigencia de una ley

Ahora bien, resulta relevante para el caso que nos ocupa, reiterar que el principio de favorabilidad conserva plena efectividad frente a normas que regulan la vigencia de una ley. Así, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la compatibilidad de normas que establecen la vigencia de un nuevo estatuto o de una nueva regulación penal con el principio de favorabilidad en desarrollo no solo de la cláusula general de competencia asignada por el constituyente al legislador de “hacer las leyes”, sino igualmente en virtud de la amplia libertad de configuración normativa en la materia a él reconocida, de manera que la determinación de la fecha en que debe entrar en vigencia una ley penal, es un asunto que compete al órgano legislativo

NORMA-Precepto que prevé su vigencia hacia el futuro se limita a hacer expreso el principio de irretroactividad como expresión del postulado de legalidad, sin que por ello se vulnere el principio de favorabilidad

PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD PENAL ADSCRITO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Aplicación en armonía con los principios generales y derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL-Aplicación sujeta a vigencia de norma

TRANSITO DE LEGISLACION-Respeto de derechos adquiridos y aplicación de principios de legalidad y favorabilidad penal en regulación de efectos

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL Y SU RELACION CON NORMAS QUE ESTABLECEN LA VIGENCIA DE UNA LEY-Contenido/PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL-Debe analizarse cada caso en concreto

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL-Ultraactividad y retroactividad de la ley

Frente al principio de favorabilidad en materia penal se parte de la base de que la ley vigente a la comisión del delito es la que rige toda la actuación. No obstante, si una ley posterior modifica favorablemente el tratamiento del delito, se aplica retroactivamente, de manera que constituye excepción al principio general de aplicación de las leyes hacia el futuro que deben ser valoradas y ponderadas juiciosamente por el operador jurídico cuando se trata de normas sustanciales o procesales en donde se encuentren en juego las garantías fundamentales del debido proceso -art. 29 CP.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD-Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia de esta Corporación tanto en sede de control abstracto como en sede de revisión ha establecido que es procedente la aplicación de la norma más favorable, de manera que la ley en materia penal, aunque se trate de norma procesal que tengan efectos sustanciales, debe interpretarse en concordancia con el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 Superior

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD-Conserva plena efectividad frente a normas que regulan la vigencia de una ley

TRANSITO LEGISLATIVO-Regulación de efectos está limitada por aplicación del principio de favorabilidad/SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Etapas del proceso de materialización

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL-Elemento fundamental del debido proceso

NORMA ACUSADA-Interpretación contraría el principio de favorabilidad

EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Procedencia

Referencia: Expediente D-12901

Demandante: Mauricio Pava Lugo y otro

Asunto: demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017 "(p)or medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado."

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales[1] y agotado el procedimiento regulado en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente SENTENCIA:

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad[2], los ciudadanos Mauricio Pava Lugo y Guillermo Otalora Lozano, presentaron la demanda objeto de la presente decisión.

Mediante Auto del 5 de octubre de 2018, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda y corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto a su cargo. En la misma providencia, en virtud de lo dispuesto en los artículos 244 de la Constitución y 11 del Decreto 2067 de 1991, se ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente del Congreso. Simultáneamente, con fundamento en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991 se invitó a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Fiscalía General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que rindieran concepto en caso de que lo consideraran conveniente.

Con el mismo propósito se invitó a los decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Externado de Colombia, Antioquia, Distrital Francisco José de Caldas, Libre de Colombia (Sede Bogotá), Militar, Nacional de Colombia, Pontificia Javeriana, Industrial de Santander, Sergio Arboleda, Autónoma de Bucaramanga, ICESI, del Rosario, de los Andes y del Norte. Así como a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Academia Colombiana de Abogacía, la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), al Centro de Estudios en Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), al Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” (CAJAR), al Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP), la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), la Corporación Centro de Estudios Juan Gelman para la Justicia Penal Internacional y los Derechos Humanos y, a la Comisión Internacional de Juristas.

II. EL TEXTO DEMANDADO

A continuación se transcribe el texto de los artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de

2017:

“LEY 1826 DE 2017

Diario Oficial No. 50.114 de 12 de enero de 2017

Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado.

ARTÍCULO 40. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 562, así:

Artículo 562. Preclusión por atipicidad absoluta. Además de lo previsto por el párrafo del artículo 332 de este código, la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento la preclusión cuando al acusado se le atribuya una conducta que no esté tipificada en la ley penal.

ARTÍCULO 44. VIGENCIA Y DEROGATORIA. La presente ley entrará a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.

Esta ley no modifica, deroga ni adiciona el Código Penal Sustantivo ni la Ley 1773 de 2016.

(El artículo 40 se demanda en su totalidad y el 44 parcialmente en lo resaltado y subrayado).

III. LA DEMANDA

A juicio de los demandantes, los artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017 transgreden el artículo 29 de la Constitución Política.

Los demandantes explicaron que en un proceso penal la defensa puede solicitar la preclusión de delitos querellables en aplicación del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 por dos causales: (i) imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, e (ii)

inexistencia del hecho investigado. Con la Ley 1826 de 2017, artículo 40, se adiciona la causal consistente en la “atribución de una conducta que no esté tipificada en la ley penal”. Sin embargo, el artículo 44 demandado, en su criterio, establece que dicha disposición solo aplicaría (i) a los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley; y (ii) a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se hubiere realizado formulación de imputación. En esa medida, consideran que con la nueva ley se restringió la posibilidad de solicitar la aplicación de una norma más favorable a los procesos que están en curso, en contradicción con el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual “(e)n materia penal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Como sustento de lo anterior, expusieron tres argumentos centrales:

(i) En primer lugar, resaltaron que la favorabilidad se aplica respecto de normas sustanciales como de normas procesales, según lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional. En la Sentencia de 14 de marzo de 1961 proferida por la Corte Suprema de Justicia se precisó que “ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, que en una forma categórica consagran y reiteran el canon de la retroactividad de la ley permisiva o favorable en materia penal, y por lo tanto, y a contrario sensu, el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o favorable no hace distinción entre las leyes sustantivas o adjetivas ni procesales”[3] (negrilla fuera de texto). Esta postura fue reiterada en Sentencia del 15 de marzo de 1961, en la cual se explicó que “las leyes de procedimiento no solo están destinadas a fijar competencias y disponer ritualidades adjetivas de los juicios criminales (...) todas ellas tan fundamentales, que de un procedimiento a otro pueden de modo esencial afectarse los derechos del sujeto pasivo de la acción penal”[4].

Argumentan igualmente que la Constitución Política de 1991 consagró la favorabilidad en el artículo 29 Superior y, en observancia de esta norma, la Corte Constitucional ha dicho que el principio de favorabilidad se aplica respecto de toda norma de tipo penal sin que pueda hacerse ninguna diferencia entre normas sustantivas y normas sustanciales, coincidiendo en esta postura con la Corte Suprema de Justicia. Como ejemplo de ello, pusieron de presente la Sentencia C-200 de 2002, en la cual puntualmente la Corte Constitucional indicó que el principio de favorabilidad rige toda aplicación de la normatividad penal sin que pueda

hacerse ninguna diferencia entre normas sustantivas y normas procesales que beneficien al procesado precisamente por expresa disposición constitucional (art. 29 CP) toda norma en materia penal debe aplicarse de conformidad con el aludido principio de favorabilidad[5].

Mencionan que esta Corporación mediante la providencia C-252 de 2001 había establecido que las normas procesales penales desfavorables posteriores no pueden aplicarse retroactivamente “a los procesos que están en curso”. A contrario sensu, las nuevas normas penales, aun en el caso de procesos en curso, deben aplicarse en virtud del principio de favorabilidad. Seguidamente, aluden a que en la Sentencia T-272 de 2005 se determinó que: “si bien el artículo 6° de la Ley 600 de 2000, vigente para el momento de la interposición de la demanda de casación, establece que “[l]a ley procesal tiene efecto general e inmediato”, tal carácter de aplicación general inmediata debe interpretarse en concordancia con el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 superior, con lo que la ley procesal penal favorable anterior debe preferirse por mandato constitucional, a la posterior restrictiva.”

(ii) En segundo lugar, señalaron que el principio de favorabilidad aplica en caso de tránsito de leyes y también ante la coexistencia de regímenes “cuando las instituciones procesales a comparar sean idénticas”. En ese sentido, destacaron la Sentencia C-592 de 2005 en la cual se estudiaron las normas de vigencia del Código de Procedimiento Penal y señalaron que “no cabe duda alguna sobre la aplicabilidad del principio de favorabilidad y que prueba de ello es la aplicación que del referido principio ha hecho ya la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”. Afirmaron que esta línea jurisprudencial es reiterada en la Sentencia C-708 de 2005 y en la T-091 de 2006. Sin embargo, los demandantes precisaron que en ambos pronunciamientos se condicionó la aplicación del principio de favorabilidad a que las nuevas normas “no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos”.

(iii) Para finalizar, precisaron que el principio de favorabilidad permite aplicar retroactivamente las normas más favorables de la Ley 1826 de 2017, aun cuando “a la entrada en vigencia de esa ley, ya se había formulado imputación”. En esa medida, en la demanda se citó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia (SP1763-2018), mediante la cual se casó una sentencia condenatoria, en esta oportunidad “(l)a sala aplicó, de manera retroactiva y por el principio de favorabilidad, el artículo 539 de la Ley 906 de 2004,

adicionado por la Ley 1826 de 2017, que establece un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena por la aceptación de cargos en cualquier momento previo a la audiencia concentrada”. En contradicción con todo lo anterior, debido a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, “en los procesos en curso, respecto de los cuales ya se haya realizado la formulación de imputación, no es posible solicitar la preclusión por atipicidad absoluta”.

IV. INTERVENCIONES

1. La Fiscalía General de la Nación, mediante escrito presentado el 1º de noviembre de 2018, solicitó a esta Corporación declararse inhibida y, en caso de que decida emitir un pronunciamiento de fondo, declare la exequibilidad de las disposiciones demandadas.

En relación con la primera pretensión indicó que los argumentos de la acción de inconstitucionalidad carecen de claridad, certeza y pertinencia. Sobre los dos primeros aspectos indicó que la demanda se sustentó en diferentes razones contradictorias y erradas, a saber, por un lado, que la disposición demandada prohíbe aplicar la Ley 1826 de 2017 a procesos en curso “en los que no haya habido imputación”. En contraste, según el ente investigador, la Ley 1826 de 2017 establece expresamente que “esta regulación sí se aplica a procesos en curso (o mejor dicho, a investigaciones en curso) frente a las que no se ha formulado imputación para el momento de entrada en vigencia de esta ley”.

Igualmente, que la demanda incurre en contradicción al señalar, por un lado, que “la disposición demandada prohíbe aplicar la Ley 1826 de 2017 a procesos en curso en general” y, por otro, que “la disposición demandada sí se aplica a procesos en curso en los que no haya habido imputación”. Al respecto, indicó que, en contradicción con la primera interpretación, los demandantes pasan a señalar que “en efecto, la disposición no se aplica a ningún proceso en curso y, por el otro, y de nuevo de manera contradictoria, que sí se aplica a procesos en curso (o mejor dicho, a investigaciones) frente a los que no se hayan imputado cargos para el momento de entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017”.

Al respecto, explicó que el artículo 44 demandado sí restringe su alcance pero sólo respecto de aquellos delitos cometidos antes de su entrada en vigor en los que se hubiere realizado imputación antes de la vigencia de la nueva ley. No obstante, en aplicación del principio de favorabilidad, sin necesidad de que la norma sea declarada inexecutable, resulta posible su

aplicación inclusive en este tipo de casos y, como ejemplo de ello, destacó la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se dio dicho alcance a la norma, providencia destacada en la demanda como sustento de la misma (SP1763-2018. Radicado 51989).

La falta de pertinencia obedece a que en la demanda de inconstitucionalidad no se sustentan las razones por las cuales la disposición demandada contradice el artículo 29 Superior. Los demandantes se limitaron a afirmar que es un “parámetro claro de vigencia en el tiempo, que se diferencia de la regla general del artículo 40 de la Ley 153 de 1887”. En esa medida, se plantea un cargo que no es de naturaleza constitucional sino basado en parámetros de jerarquía legal.

Afirmó que, no obstante lo anterior, si la Corte decide emitir un pronunciamiento de fondo, debe declarar la exequibilidad de la norma. Indicó que el principio de favorabilidad es una “máxima constitucional” aplicable también a las normas de vigencia, entre estas el artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, de ahí que el hecho de que en el texto de esa norma no se enuncie su aplicación, no implica su inconstitucionalidad.

En concordancia, advirtió que la Corte Constitucional ha precisado que “la consagración de la irretroactividad y del efecto general inmediato, como regla general, no impide que en casos concretos el operador jurídico (i) dé aplicación retroactiva o ultra-activa a normas distintas a las contenidas en esa regulación que, por significar un tránsito legislativo, podrían resultar más favorables o (ii) aplique normas coexistentes a una legislación concreta que también resulten más permisivas al reo”[6]. En esa medida, señaló que “(l)a norma demandada no desconoce el principio de favorabilidad en materia penal toda vez que su aplicación sigue vigente frente a casos concretos”.

Adicionalmente, argumentó que el principio de favorabilidad se aplica tanto a normas procesales como sustantivas. Específicamente, según el bloque de constitucionalidad, este principio se aplica en aquellos eventos en los que “con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve” (PIDCP y CADH). Afirmó que, en concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que “tiene carácter imperativo y no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia” (C-592 de 2005).

La Fiscalía insiste en que la aplicación de la favorabilidad en el ámbito penal alude a casos concretos en los que puede presentarse el tránsito de leyes en el tiempo o la coexistencia

de legislaciones. A la vez, afirma, por un lado, que un mismo supuesto de hecho puede ser regulado por esas normas y, por otro, la “permisibilidad de una norma frente a otra”[7]. Preceptos que también se aplican a normas que regulan vigencia, aun cuando, por regla general, el tránsito legislativo se sujeta al principio de irretroactividad y al efecto general inmediato de las normas[8].

En esa línea precisó que, si en procesos o investigaciones que se tramiten bajo la Ley 906 de 2004, resulte más favorable para el procesado la Ley 1826 de 2017, el funcionario judicial “no tendría impedimento alguno en aplicar el principio de favorabilidad”, conforme ya lo hizo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 23 de mayo de 2018 -SP 1763-2018, Radicado. 51989-, al dar aplicación al artículo 539 del Código de Procedimiento Penal, adicionado por la Ley 1826 de 2017, en relación con el beneficio punitivo consistente en reducir hasta la mitad de la pena, ante la aceptación de cargos, en eventos de captura en flagrancia.

A lo anterior agregó que la Ley 1826 de 2017, con las modificaciones introducidas, hace parte del Código de Procedimiento Penal adoptado mediante la Ley 906 de 2004 y, por ende, los principios rectores de este cuerpo normativo, entre estos la favorabilidad, se aplican a aquella ley. Puntualmente, el artículo 6º del Código consagra que “la ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. De una interpretación sistemática concluyen que la favorabilidad aplica a todo este cuerpo normativo “con inclusión de las normas adicionadas por la Ley 1826 de 2017 (...)”.

Lo anterior sin desconocer que el principio de favorabilidad exige el cumplimiento de algunos requisitos, como son, según la Corte Constitucional, que “exista una sucesión de normas en el tiempo o tránsito (sic) legislativo, la regulación de un mismo supuesto de hecho que conlleve consecuencias jurídicas distintas y la permisibilidad de una disposición frente a otra”[9]. Criterios de especial cuidado si se tiene en cuenta que la Ley 1826 de 2017 “más allá de dejar sin efecto disposiciones anteriores, lo que hizo fue crear nuevas vías procesales frente a delitos concretos que, antes de su expedición, se regulaban por un procedimiento penal ordinario”. En esa línea, indicó que la ley nueva introdujo un procedimiento especial abreviado. Puntualmente, los delitos a los que se aplica este procedimiento se encuentran tipificados en el artículo 534 de la Ley 906 de 2004 (Código de

Procedimiento Penal), incorporado por el artículo 10 de la Ley 1826 de 2017. Por otra parte, la acción penal privada resulta procedente por los mismos delitos, según el artículo 550 de la Ley 906 de 2004, incorporado por el artículo 28 de la Ley 1826 de 2017.

Bajo ese entendido, la Fiscalía argumentó, por un lado, que la Ley 1826 de 2017 se aplica a delitos cometidos antes de su entrada en vigencia respecto de los que no se hubiere formulado imputación. Por otro que, si bien la regla general para delitos cometidos antes de la vigencia de dicha ley en los que se hubiere formulado imputación es la aplicación de la Ley 906 de 2004, lo cierto es que, en virtud del principio de favorabilidad, resulta posible la aplicación de la Ley 1826 de 2017 cuando así resulte procedente en cada caso concreto.

En el caso específico del artículo 40 de la Ley 1826 de 2017 señala que, según la demanda, este es más beneficioso que el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en el cual no se contempla la posibilidad de solicitar preclusión por atipicidad. Al respecto, la entidad interviniente indica que “podría ser analizada y, si es el caso, aplicarla en casos concretos”, en cada uno de los cuales se debe analizar si alude a disposiciones con iguales elementos fácticos e, igualmente, si “el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017 debe ser aplicado únicamente frente a los delitos por los cuales procede el ejercicio de la acción penal privada, por estar ubicada dentro de este título”.

Así entonces, concluyó que la Ley 1826 de 2017, incluyendo el artículo 40, podría ser aplicada, en observancia de la favorabilidad, dependiendo de la particularidad del caso concreto, si cumple con los siguientes criterios: (i) existe un tránsito legislativo entre la Ley 906 de 2004 y la Ley 1826 de 2017; o se trata de regulaciones que coexisten; (ii) si existe identidad de objeto, por regular el mismo supuesto de hecho; y (iii) si existen normas concretas de la Ley 1826 de 2017 más favorables que las de la Ley 906 de 2004.

2. El Ministerio de Justicia y del Derecho, mediante escrito presentado el 2 de noviembre de 2018, solicitó a esta Corporación declararse inhibida respecto del artículo 40 de la Ley 1826 de 2017, y declarar la exequibilidad del artículo 44 de la misma norma.

En relación con lo primero señaló que no se sustentó de manera siquiera sumaria la inconstitucionalidad, motivo por el cual la solicitud de inexequibilidad carece de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, en contradicción con el Decreto 2067 de

1991, motivo por el cual se debe emitir un fallo inhibitorio.

Sobre la segunda pretensión, indicó que, en caso de que la Sala Plena decida emitir un pronunciamiento de fondo, debe tenerse en cuenta que el juez de conocimiento tiene que velar por garantizar la aplicación del principio de favorabilidad en cada asunto que conozca. Así, la naturaleza de las cláusulas sobre vigencia de las normas, por su aspecto general e impersonal, no impiden la aplicación de la norma que resulte más favorable. El legislador tiene la potestad para establecer estatutos penales más restrictivos y, tras ese ejercicio, puede resultar que una nueva disposición sea más o menos favorable para sus destinatarios, casos en los cuales cabe la aplicación del principio de favorabilidad[10]. En esa línea, el contenido específico del artículo 44 demandado (parcial), no excluye la aplicación del principio de favorabilidad.

Posteriormente, puso de presente la exposición de motivos del proyecto de la Ley 1826 de 2017, destacando lo relacionado con el artículo 44. En este espacio destacó la amplia libertad de configuración legislativa para establecer los efectos del tránsito de legislación penal, cuyo límite son los parámetros constitucionales, entre estos la favorabilidad. En punto a lo cual destacó la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 16 de julio de 2014 (SP9245-2014), atinente a la aplicación del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 en la que se precisó que “si la Fiscalía radica acusación es porque no cuenta con elemento alguno que acredite la existencia de uno de los dos motivos objetivos de preclusión señalados, contexto dentro del cual en la fase posterior del trámite hay lugar a postular el instituto única y exclusivamente con fundamento en elementos que sobrevengan, que surjan después de la acusación”.

En esa línea sostuvo que la “configuración expresa de una conducta como merecedora de sanción penal es un elemento constitutivo y sine qua non para la configuración de un delito”, por ende, es un presupuesto para la imputación, la acusación y la condena. Lo dicho, sin descuidar que el artículo 124 de la Ley 906 de 2004 autoriza la aplicación de Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, lo contemplado en el artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la cual se determina que “si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

3. La Academia Colombiana de Jurisprudencia presentó intervención, por medio de escrito presentado el 2 de noviembre de 2018, en el que solicitó declarar la inexecutable de los artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017, debido a que contienen indebidas restricciones que conducen a su “ilegitimidad” y contradicen los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la acción penal, tal y como sucede “cuando el legislador prohíbe aplicar la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable o la no retroactividad de la ley desfavorable”.

Inició su análisis haciendo referencia a las nociones básicas de favorabilidad, acudiendo a su concepto general (benevolencia, benignidad y protección) y jurídico (interpretación legal más favorable en procura de proteger atributos y garantías). Puntualmente, en el ámbito constitucional penal, destacó que la favorabilidad exige que ante el conflicto de leyes se aplique aquella más propicia a los intereses del “ciudadano investigado por el órgano de persecución y acusación”. Dicho lo cual hizo énfasis en la manifiesta trascendencia de este principio en el ámbito penal, caracterizándolo como “norma rectora de estirpe constitucional”; “principio supralegal”; “garantía intangible consagrada en todos los sistemas judiciales”; “principio tutelar en el ámbito del derecho punitivo”; “elemento fundamental del debido proceso”; “valor esencial de aplicación inmediata y sin restricciones por parte de la judicatura”; y “atributo inherente a la dignidad humana”.

Seguidamente, precisó el marco jurídico en el cual se ha regulado la favorabilidad, entre estos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15); la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9º); Constitución Política de Colombia (artículo 29, inciso 3º); Código Penal (inciso 2º, artículo 6º); Código de Procedimiento Penal (artículo 6º, inciso 3º). Específicamente, la Carta Política de 1991, artículo 29, inciso 3º, exige comprender que, si bien la regla general consiste en que la vigencia de una norma inicia con su promulgación y termina con su derogatoria, lo cierto es que existen algunas excepciones, como sucede cuando, entre otros, la ley nueva tiene disposiciones más favorables que las de la ley derogada, caso en el cual “la ley nueva se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia”, como sucede actualmente, debido a que es legítimo y jurídicamente viable que “en asuntos regidos por el sistema de la ley 600 de 2000, el funcionario competente aplique disposiciones de la Ley 906 de 2004 (...)”.

En esa línea, señaló que “el principio de favorabilidad no distingue entre normas sustantivas

y procesales”, lo cual se desprende incluso del texto constitucional, en el cual no se establece “ninguna discrepancia que amerite un trato diferenciado”. De ahí que las autoridades judiciales deben aplicarlo en cada asunto puesto a su consideración, premisa a la cual también han llegado de manera unánime la jurisprudencia y la doctrina. En consecuencia, basta que se presente una disputa de aplicación de las leyes en el tiempo o una existencia simultánea de reglas, para que sea posible su aplicación ante un “sindicado, acusado o condenado”.

4. El Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, mediante escrito presentado el 2 de noviembre de 2018, solicitó a esta Corporación declararse inhibida para analizar la constitucionalidad de los artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017 y, en caso de emitir un pronunciamiento de fondo, declarar la exequibilidad del artículo 44.

En relación con el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017, indicó que en la demanda no se presentó ningún argumento que contradiga la constitucionalidad de esta norma y, al contrario, se evidencia que está de acuerdo con su contenido. Por ende, no se cumple con requisito alguno que permita evaluar su constitucionalidad. Únicamente se hace referencia a esta disposición para evidenciar una proposición jurídica completa, presupuesto del cual el interviniente disiente debido a que el artículo 44 “regula la vigencia de la totalidad de la Ley 1826 de 2017”, por ende, en caso de pretender hacer una correcta proposición jurídica completa, el análisis no debió recaer únicamente sobre el artículo 40 (preclusión por atipicidad absoluta), sino sobre todas las disposiciones, estudio que “no se hizo ni es pertinente hacer”, debido a que, en todo caso, la aplicación de la favorabilidad se encuentra sujeta a cada asunto específico.

En relación con el artículo 44 de la Ley 1826 de 2017 demandado parcialmente, advirtió que no se cumplen los presupuestos para la demanda de inconstitucionalidad. Señaló que resultaba importante aludir a la transversalidad del artículo 44, debido a que regula la vigencia de toda la ley y no solo del artículo 44. Adicionalmente, no existe claridad sobre la inconstitucionalidad de la norma al determinar que su aplicación se dirige a delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, explicó que si dicho aparte se declara inexequible se desconoce la regla general consistente en la irretroactividad de la ley y se generaría incertidumbre sobre la vigencia de la Ley 1826 de 2017. Tampoco se indicó objeción específica que conduzca a la inexequibilidad de la norma al generar efectos

retroactivos sobre delitos cometidos antes de su entrada en vigencia cuando no se hubiere formulado imputación. En contraste, se presentaron argumentos contradictorios, debido a que la inconformidad de la demanda, al parecer, busca evidenciar que no se debió hacer una distinción respecto a este tipo de hechos punibles, pues la favorabilidad se debe aplicar en todos los casos.

Ahora bien, argumentó que si la Corte decide emitir un pronunciamiento de fondo en virtud del principio pro actione y porque entiende que se generó un mínimo de duda frente a la presunción de constitucionalidad, debe declarar la exequibilidad de la norma, debido a que su contenido no contradice el artículo 29 de la Constitución Política. En sustento, destacó la Sentencia C-200 de 2002, de acuerdo con la cual “en materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución sólo impone como límite el respeto de los derechos adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y de favorabilidad penal.” Puntualmente, al examinar el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, la Corte determinó que no resultaba posible declarar la exequibilidad condicionada de dicha disposición por cuanto “precisamente por expresa disposición constitucional (art. 29 C.P.), toda norma en materia penal debe aplicarse de conformidad con el aludido principio de favorabilidad”. Precepto reiterado en las Sentencias C-592 de 2005 y C-708 de 2006.

Consideraciones después de las cuales concluyó el interviniente que “la causal de preclusión de atipicidad absoluta contenida en el artículo 40 debería ser aplicable a todos los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, sin restringir su aplicación a los delitos anteriores respecto de los que no se haya realizado la formulación de imputación. Situación que no solo se limita al artículo 40 de la Ley 1826 de 2017, sino a todos los contenidos materiales y procesales que sean compatibles y sean favorables al reo dentro de esta Ley para los delitos querellables”. Sin embargo, este juicio debe ser analizado en cada caso concreto por el juez de conocimiento al que le corresponda el proceso.

5. La Universidad Sergio Arboleda, mediante escrito presentado el 25 de octubre de 2018, solicitó declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 40 y 44 (demandado parcialmente) de la Ley 1826 de 2017, “en el entendido de que son aplicables de forma retroactiva con ocasión del tránsito de esa normatividad en el tiempo siempre y cuando sean más favorables”.

Inicialmente, el interviniente hizo alusión al contenido material de los artículos demandados e hizo un extenso desarrollo sobre el principio consistente en la prohibición de aplicación extractiva de la ley penal o prohibición de extractividad de la ley penal, según el cual, la ley se dicta para el futuro, obra en el tiempo en el cual nace, cobra vida y se extingue; y se encuentra ligado, según explica, al principio de legalidad en virtud del cual está prohibida la retroactividad y ultractividad de la ley penal. Sin embargo, advirtió que estos preceptos no son absolutos debido a que se encuentran limitados por el principio de favorabilidad.

En ese mismo sentido, indicó que “el principio de legalidad tiene por objeto evitar la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con la persona. Una ley más favorable no es una ley abusiva. Por el contrario significa el reconocimiento de mayores ámbitos de libertad. Luego, la retroactividad de la ley más favorable no niega el principio de legalidad, antes lo afirma”. En concordancia, explicó que se debe aplicar el axioma según el cual “lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse – favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda-”. Afirmó, que este principio sufre excepciones cuando “la aplicación extractiva de la ley penal al posibilitar, incluso, la aplicación coetánea de la ley vieja y de la nueva cuando ellas –sin que se trate de materias divisibles- sean más benignas; es lo que se conoce como la *lex tertia*”.

En ese análisis puso de presente los axiomas en materia de tránsito de leyes penales en el tiempo. Enunció entre estos que el carácter irretroactivo de la ley se excepciona cuando ella es más benigna que la anterior. Dicho esto, pasó a destacar las previsiones de este parámetro en el derecho positivo y, simultáneamente, la distinción existente en este ámbito en la aplicación del principio de favorabilidad para las normas sustanciales y procesales. Así entonces, destacó las normas en las cuales el principio de favorabilidad aplica con independencia de dicha distinción, a saber, el artículo 29, inciso 3º de la Constitución Política, el artículo 6º, inciso 3º del Código Penal. Del marco jurídico internacional mencionó el artículo 15, numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), incorporado al ordenamiento jurídico mediante la Ley 74 de 1968; e, igualmente, el artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disposiciones que permiten aplicar la favorabilidad incluso a quienes se encuentren condenados.

Seguidamente, expuso disposiciones procesales penales del marco legal interno en las cuales el interviniente evidencia que se distingue la aplicación favorable de la ley penal

según la naturaleza de la norma, haciendo énfasis en el artículo 6º, incisos 2º y 3º del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en los que se señala que “la ley procesal de efectos sustanciales, permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”, distinción que, en criterio del interviniente carece de fundamento. En vista de lo anterior, propone tres posibilidades: la primera sería comprender que la retroactividad de la ley favorable debe aplicarse en todos los casos, incluyendo la ley procesal, interpretación que tornaría inconstitucional el texto del Código de Procedimiento Penal. La segunda, implicaría asumir que la irretroactividad recae sobre normas procesales “salvo las de efectos sustantivos”, con lo cual “se desquicia todo el andamiaje constitucional”. La tercera, implicaría asumir que el artículo 6º, incisos 2º y 3º del Código de Procedimiento Penal, pretende dejar sentado el principio de irretroactividad sin desconocer la aplicación más favorable de la norma cuando proceda.

Expuesto lo anterior, precisó que la problemática de las normas procesales se genera por comprender, equivocadamente, que no tienen aplicación “ultractiva”, desconociendo que “implican una valoración social”. Esta situación se deriva, en su criterio, de los artículos 40 y siguientes de la Ley 153 de 1887, por introducir la distinción para la aplicación del principio de favorabilidad, en procura de generar estabilidad en las instituciones procesales, sin embargo, en estas disposiciones no se desconoce la aplicación del artículo 29 Superior. Situación que critica con especial énfasis respecto del artículo 6º, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal, debido a que, en su criterio, resulta inconcebible que “cuando una nueva normativa procesal vulnere conquistas procesales y derechos adquiridos el procesado no pudiera invocar la aplicación del viejo rito por considerarlo más favorable que el nuevo”.

En este punto, destacó entre las sentencias que admiten la aplicación de favorabilidad en materia tanto sustantiva como procesal, las proferidas por la Corte Suprema de Justicia del 26 de noviembre de 1987 y del 25 de febrero de 1988. Sin desconocer que también se han proferido sentencias “con restricciones y tornándola inaplicable a “situaciones ya consolidadas”, en esa línea se cita la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de febrero de 1992. Igualmente explica que, en criterio de la Corte Constitucional, según su jurisprudencia reiterada, la favorabilidad procede tratándose de cualquier tipo de normas, sean sustantivas o procesales, al respecto cita varias sentencias de la Corte.

Dicho lo anterior, concluyó que no resulta posible distinguir entre normas procesales y sustantivas para su aplicación ante un tránsito de leyes en el tiempo, porque ambas cobijan la misma realidad y, advirtió que se trata de “dos aspectos de la misma realidad, dentro de la cual las normas formales sirven para la realización o efectividad de las normas materiales”. Sin embargo, reconoció que el debate que suscita la demanda no es pacífico y exige el análisis de al menos dos líneas jurisprudenciales al interior de la Corte Suprema de Justicia.

Así, las normas demandadas se deben entender en el marco del artículo 29 de la Constitución Política “y en tratándose del tránsito de leyes penales en el tiempo no hace distingo alguno en materia de la aplicación por vía de favorabilidad, por retroactividad o por ultractividad”, independientemente de la naturaleza de la ley penal, en esa medida, las normas demandadas se ajustan a los mandatos constitucionales. Sin embargo, “si no se interpretan y aplican acorde con esas exigencias pueden comportar una aplicación inconstitucional”, motivo por el cual sugirió declarar su constitucionalidad condicionada en el entendido de que se deben interpretar y aplicar según el artículo 29, inciso 3º Superior, por ende, se debe advertir que “la favorabilidad en tratándose del tránsito de leyes penales en el tiempo no tiene restricción alguna y tanto cobija a las normas sustantivas, procesales (como aquí) y de ejecución penal”.

Lo anterior, no sin antes realizar diferentes precisiones que, en su criterio, deben tenerse en cuenta. Explicó que en la demanda: (i) se incurre en un error al señalar que el artículo 44 de la Ley 1826 de 2017[11] es una excepción al artículo 40 de la Ley 153 de 1887[12]; al contrario, el inciso 1º lo ratifica, consideración que el interviniente no desarrolló y se restringió a señalar que para evidenciar esta crítica “basta leer esa disposición”; (ii) no resulta posible afirmar que ambas disposiciones demandadas restringen la aplicación del principio de favorabilidad, ello solo puede afirmarse frente al inciso 2º del artículo 44 de la Ley 1826; (iii) no existe una “proposición jurídica completa” entre los artículos demandados, de manera que frente al artículo 40 demandado indicó que no existe ninguna contradicción respecto de la Constitución Política y, en todo caso, “cuando una conducta no sea típica no tiene sentido continuar con la actuación penal porque nunca habrá hecho punible, y (...) la defensa le pueda solicitar al juez el susodicho pronunciamiento”, por ende, carece de sentido procurar evidenciar dicha proposición jurídica completa para que se declare la inconstitucionalidad también de esta norma. Igualmente, indicó que (iv) este procedimiento

cobija no solo a los delitos que “requieren querella”, sino también a otros delitos consignados en el numeral 2º del artículo 10 de la Ley 1826 de 2017.

6. El Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Caldas[13], solicitó declarar inexecutable las disposiciones demandadas.

Explicó que existe una crisis por el aumento de absoluciones por acusación directa “por cada 100 acusaciones los jueces absuelven... en 44.8 oportunidades”, todo a pesar de la compleja carga que implica un juicio y la ilegitimidad que esta situación puede causar por las dudas generadas en la comunidad. Por ende, precisó que su postura parte de una perspectiva “disruptiva” y propende por (i) mayor legitimidad del aparato judicial penal, pues una elevada tasa de absoluciones inquieta a la comunidad sobre la seriedad del ius persecuendi; (ii) establecer un control de las acusaciones por hechos atípicos, “vía petición de defensa”; posibilita “alivianar el sistema de juicios que desde un principio no tendrían vocación de prosperar”; así mismo, (iii) “permite alivianar el sistema de juicios”, pues aquel que se lleve a cabo no tendría posibilidad de prosperar; (iv) partir de que en el modelo anglosajón (base en cierta medida para el colombiano), se requiere que un juez autorice el juicio previa la constatación de causa probable. Ejemplo de este tipo de lineamientos, en su criterio, se evidencian en las providencias de la Corte Suprema de Justicia, a saber el Auto 0019 de 2007 y la Sentencia AP4414 del 30 de julio de 2014, enfocados en permitir “los archivos de las indagaciones, cuando no era posible determinar las condiciones mínimas para la relevancia jurídico-penal de los hechos y su atribución en una persona individualizada”. Argumentó que de no ser por decisiones similares a estas, “los despachos de la fiscalía estarían llenos de expedientes sin futuro alguno”.

Señaló que la Ley 1826 de 2017 permite a la defensa solicitar la preclusión, herramienta que podría permitir reducir los juicios. Puntualmente, en el artículo 40 de este texto, demandado, se indica que la defensa puede “solicitar al juez de conocimiento la preclusión cuando al acusado se le atribuya una conducta que no esté tipificada en la ley penal”, posibilidad que no debería restringirse, sino ser transversal a todo el procedimiento y con la aplicación del principio de favorabilidad (artículo 44 de la Ley 1826 de 2017). Seguidamente, indicó que, en concordancia con los artículos 288 y 337 del Código de Procedimiento Penal, la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia SP-798 de 2018, indicó la manera técnica en que debía presentarse el escrito de acusación, comenzando por

los “hechos jurídicamente relevantes (tipicidad)”. En esa medida, en el escrito de acusación, la Fiscalía debe señalar la relevancia jurídico penal de los hechos. Por ende, si lo dicho constituye una “obligación”, entonces podría realizarse un “control anticipado, a instancias de la defensa”, como sucede con la Ley 1826 de 2017, “en sede jurisdiccional”. Así, al asumirse la tipicidad como una exigencia de adelantar un juicio por hechos jurídicamente relevantes, puede existir la posibilidad de que sin cumplir la ritualidad de un juicio, se obtenga una declaratoria de no responsabilidad por irrelevancia penal de los hechos. Se trataría, por ende, de un debate anticipado “por una petición de inexistencia del hecho”, lo cual ya se encuentra regulado en la Ley 906 de 2004, artículo 332, parágrafo. Solicitud a la que el juez no debe per se declararse impedido, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia.

En adición a lo anterior, recordó que la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-592 de 2005 declaró la “necesariedad” de aplicar la Ley 906 de 2005 a los asuntos sujetos a la Ley 600 de 2000 “en los aspectos procesales de favorabilidad sustancial”. Lo anterior, en su criterio “permite la inclusión de la medida que se ha propuesto y la realización de un juicio de equivalencias”.

Así entonces, concluye que “con la innovación disruptiva se garantizaría que la decisión se tome en audiencia con controversia de las partes, con controles jurisdiccionales y de los recursos... Además, le dejaría herramientas al juez para depurar eventuales juicios sobre hechos cuya relevancia jurídica NO permita la adecuación de un tipo penal”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, por medio de concepto 006493, allegado a esta Corporación el 30 de noviembre de 2018, solicitó a la Corte Constitucional declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo respecto de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 40 y 44 de la Ley 1826 de 2017, por la vulneración del artículo 29 de la Constitución Política.

Inicialmente, hizo referencia a la identificación del texto acusado, acápite en el cual el Ministerio Público advirtió que a partir de la demanda y del Auto admisorio, el debate constitucional se concentró en el artículo 44 de la Ley 1826 de 2017 “vista a partir de la aplicación del principio de favorabilidad ante el mecanismo procesal de preclusión por

atipicidad absoluta (artículo 40 Ibidem) sin plantear la existencia de una única proposición jurídica conformada por los dos artículos precitados”.

En concordancia, señaló que “el abordaje del problema suscitado no se sostendría en el último supuesto (una sola proposición jurídica), entre otras razones, debido a que en tal caso las dos disposiciones seguirían una misma vía, siendo contradictorio concluir de la argumentación de los demandantes que, para atender el principio de favorabilidad (artículo 29 Constitucional), la figura de preclusión por atipicidad absoluta debería salir del mundo jurídico (...)”.

En esa medida sostiene que “en el caso resulta evidente que los contenidos jurídicos incorporados en los artículos 40 y 44 de la Ley 1826 de 2017 son autónomos y separables, no existe una proposición jurídica incompleta, y que la alusión normativa conjunta se efectuó en aras de fortalecer la tesis jurídica expuesta”. En concordancia, solicita a la Corte declararse inhibida respecto a la demanda presentada contra el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017, en consideración a que “los argumentos de los accionantes no se encaminan a discutir la constitucionalidad de esta disposición”.

Seguidamente, en relación con el artículo 44 señaló que la Corte Constitucional se debe declarar inhibida debido a la ineptitud sustantiva de la demanda. Advirtió que la acción de inconstitucionalidad “se formula a partir de supuestos que no se desprenden ni del texto de la norma demandada ni del alcance que pueda dársele”. Al respecto, puso de presente la exposición de motivos del proyecto de ley y los aportes del Consejo Superior de Política Criminal, con el fin de señalar que el objetivo de la norma consiste en descongestionar el sistema judicial, mediante una respuesta más ágil a comportamientos con menor capacidad de daño a los bienes jurídicos tutelados.

Igualmente, puso de presente que en el trámite legislativo[14] al hacer referencia a la vigencia, se hizo alusión al amplio margen de configuración en la legislación penal y destacó que en el trámite legislativo, en desarrollo del cual el Congreso es competente para definir los efectos del tránsito de legislación procesal siempre y cuando se respeten los límites constitucionales, que según la Corte Constitucional refieren a los derechos adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y favorabilidad. En este mismo orden de ideas, con base en la Sentencia C-200 de 2002, concluyó que “aplicar la ley

procesal a conductas punibles cometidas con anterioridad a la formulación de imputación no desconoce el principio de irretroactividad, porque no afecta situaciones jurídicas consolidadas”.

Bajo ese entendido, la Procuraduría concluyó que “al incluir la norma de vigencia que dio lugar al artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, el legislador no pretendió limitar la aplicación de un mecanismo procesal favorable, sino cumplir de la mejor manera el objetivo trazado para el proyecto de ley, entendiendo la limitación en términos de legalidad y seguridad jurídica”. Así entonces, señaló que el artículo 44 de la Ley 1826 de 2017 establece límites temporales para la aplicación de las nuevas normas (que incluyen el artículo 40 pero no es la única disposición), lo cual se realizó “atendiendo al principio de legalidad como desarrollo del debido proceso, según el cual el ejercicio retroactivo de la ley resulta extraño a la aplicación de sus dispositivos”[15].

Lo dicho, en su criterio, siguiendo la Sentencia C-708 de 2005, no afecta el principio de favorabilidad, “su desarrollo explícito no se requiere para precisar la fecha a partir de la cual entra en vigor la ley promulgada, y en que la norma bajo examen no modifica la dogmática penal que incorpora dicho postulado”. Adicionalmente, la aplicación de dicho principio compete a cada juez en cada caso concreto, en la medida que “no es predicable frente a normas generales, impersonales y abstractas”[16], punto en el cual recordó que en la misma demanda se citó un caso en el que la Corte Suprema de Justicia dio aplicación retroactiva a la Ley 1826 de 2017 con fundamento en el principio de favorabilidad (SP1763-2018).

Expuesto lo anterior, puntualizó que no se cumple con los requisitos de la demanda de inconstitucionalidad, debido a que el cargo planteado es confuso al explicar los supuestos de hecho para la vigencia de la Ley 1826 de 2017 y es ambiguo al citar un caso en el cual, de hecho, ya se aplicó dicha Ley con fundamento en el principio de favorabilidad. Igualmente, carece de claridad debido a que se solicita declarar inexecutable las expresiones subrayadas del artículo 44, lo cual en caso de acogerse conduciría a la “amplitud de las normas de vigencia, sin garantizar la aplicación del principio de favorabilidad”. A lo que agregó la falta de certeza por sustentarse en consecuencias subjetivas, pero no en el contenido ni en el alcance del texto; así como el incumplimiento de los requisitos de especificidad y suficiencia, lo primero, por no haber presentado una

acusación concreta de inconstitucionalidad y, lo segundo, debido a que no se desvirtúa la presunción de constitucionalidad.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir sobre la demanda de la referencia, según lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, en razón de que se dirige contra una disposición que forma parte de una Ley de la República.

2. Cuestión previa. Aptitud de la demanda

Teniendo en cuenta que tanto las intervenciones de la Fiscalía General de la Nación, del Ministerio de Justicia y del Derecho y del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, como del Procurador General de la Nación, solicitaron a la Corte que se declarara inhibida para conocer de fondo sobre esta demanda por ineptitud sustantiva de la misma, la Corte entrará a examinar esta cuestión.

2.1 Requisitos de la acción pública de inconstitucionalidad

En reiterada jurisprudencia constitucional se ha precisado que la competencia de la Corte para ejercer control de constitucionalidad sobre leyes demandadas está atada al cumplimiento de dos presupuestos básicos e insustituibles: (i) que la demanda ciudadana reúna los requisitos mínimos señalados en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 para ser admitida[17] y (ii) que las normas sometidas a control estén vigentes o que, no estándolo, produzcan efectos o tengan vocación de producirlos[18].

En relación con los requisitos, el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991[19] establece que las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad deben contener (i) el señalamiento de las disposiciones legales acusadas como inconstitucionales, (ii) el señalamiento de las normas constitucionales que se estiman infringidas, (iii) las razones por las cuales dichas normas se estiman violadas, (iv) cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite previsto en la Constitución para la expedición de las disposiciones acusadas y la forma en que fue quebrantado, y (v) las razones por las cuales la Corte es competente para conocer de la demanda.

En cuanto a las razones por las cuales las normas constitucionales se estiman violadas,, esta Corporación ha indicado que su señalamiento se somete a exigencias de tipo formal y material, destinadas a la consolidación de un verdadero problema de constitucionalidad que permita adelantar una discusión en el marco del control abstracto a partir de la confrontación del contenido verificable de una norma legal con el enunciado de un mandato Superior.

Según la jurisprudencia constitucional, tales razones o concepto de la violación requiere que se formule al menos un cargo de inconstitucionalidad, expresando las razones o motivos por los cuales se considera que los textos constitucionales han sido infringidos.

La jurisprudencia ha expresado que se le impone al demandante “una carga de contenido material y no simplemente formal”, en el sentido de que no basta que el cargo formulado contra las normas legales se estructure a partir de cualquier tipo de razones o motivos, sino que se requiere que las razones invocadas cumplan con los requisitos de claridad[20], certeza[21], especificidad[22], pertinencia[23] y suficiencia[24]. El cumplimiento de estas exigencias le permitirá al juez constitucional realizar la confrontación de las normas impugnadas con el texto constitucional.

2.2 Examen de aptitud sustantiva de la demanda

2.2.1 Los demandantes solicitan declarar la inexecutable de los artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017, ya que, en su criterio, el artículo 40 estableció un procedimiento más favorable para el acusado; sin embargo, el artículo 44 restringe injustificadamente su aplicación en el tiempo, en cuanto señala que dicha ley sólo será aplicada a los delitos que se cometan a) con posterioridad a su entrada en vigencia, y b) a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los cuales aún no se hubiere realizado formulación de imputación.

Para los demandantes esta limitación en el tiempo es una excepción a la regla general del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que dispone la aplicación inmediata de las nuevas normas procesales en caso de tránsito de legislación. Además, que constituye un abierto desconocimiento del artículo 29 de la Constitución pues la norma demandada expresamente prohíbe la aplicación de una norma procesal más favorable en asuntos penales en curso.

El argumento central de la demanda es que la norma de vigencia crea una limitación en el tiempo que viola el principio de favorabilidad en materia penal consagrado en el artículo 29 de la Constitución. En este sentido, los accionantes señalan que el artículo 44, frente a los procesos en curso respecto de los cuales se hubiere realizado la formulación de imputación, impide solicitar la preclusión por atipicidad absoluta, lo cual resulta contrario al principio de favorabilidad.

Así, los propios demandantes explicaron que en un proceso penal la defensa puede solicitar la preclusión de delitos querellables en aplicación del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 por dos causales: (i) imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, e (ii) inexistencia del hecho investigado. Afirman que el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017 adiciona la causal consistente en la “atipicidad absoluta”, pero no exponen objeción constitucional alguna frente a esta norma, sino que pretenden hacer una interpretación sistemática remitiéndose al artículo 44 sobre vigencia de la ley, el cual en su criterio, implicaría que el artículo 40 solo aplicaría a (a) los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley y (b) a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se hubiere realizado formulación de imputación. Consideran, en esa medida, que con el artículo 44 se restringió la posibilidad de solicitar la aplicación de una norma más favorable -artículo 40- a los procesos que están en curso, en contradicción con el principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual “(e)n materia penal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Por lo tanto, no formulan cargo alguno de inconstitucionalidad contra la totalidad del artículo 40 acusado. Si bien al final de la demanda solicitan que éste y el artículo 44 sean declarados inexecutable, no presentan argumento alguno que fundamente tal solicitud y que dé cuenta de por qué el artículo 40 resulta contrario a la Constitución Política.

En el presente caso, los demandantes no cumplieron la obligación de exponer de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente, cómo la norma o normas demandadas vulneran la Carta. La demanda se limitará a señalar jurisprudencia sobre el artículo 29 Superior, que establece el principio de favorabilidad en materia penal, pero no presentaron argumentos concretos y relevantes relativos al concepto de la violación respecto del artículo 40 objetado.

Por otra parte, este Tribunal considera que tampoco resulta necesario integrar el artículo 40 con el 44, a efectos de tener una proposición jurídica completa, ya que ambos artículos contienen un enunciado normativo autónomo e independiente, separables entre sí, de manera que no existe una proposición jurídica incompleta. En este sentido, el artículo 40 regula la causal de preclusión por atipicidad absoluta, mientras que el artículo 44 determina la vigencia en el tiempo de la totalidad de la Ley 1826 de 2017. En caso de aceptarse la pretensión de la demanda deberían integrarse al artículo 44 todos los artículos de la ley, particularmente aquellos que impliquen tratamientos favorables a los procesados.

En consecuencia, la Sala se declarará inhibida para pronunciarse de fondo respecto del artículo 40 de la Ley 1826 de 2017 por inexistencia de un cargo de inconstitucionalidad.

2.2.3 Respecto del artículo 44 se demandan los siguientes apartes:“(...) y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.”

Los cargos formulados son claros, ciertos, precisos, pertinentes y suficientes.

La Sala constata que en la presente demanda el cargo único de inconstitucionalidad alegado por los demandantes, relativo a la vulneración del principio de favorabilidad en materia penal contenido en el artículo 29 Superior, cumple con los requisitos formales y los referidos a los argumentos expuestos en la demanda. En cuanto a esto último, el cargo es (i) claro, ya que desarrolla una argumentación a través de un hilo conductor entendible y coherente que permite comprender adecuadamente el contenido y alcance de las razones de inconstitucionalidad aducidas respecto de la posible vulneración del principio de favorabilidad por la norma acusada; (ii) cierto, puesto que recae sobre una norma real y existente de la Ley 1826 de 2017, que se encuentra vigente y produciendo efectos jurídicos y, la interpretación del alcance normativo que hacen de la disposición acusada es objetiva, posible y razonable y, se desprende de su tenor literal teniendo en cuenta que la norma determina que la ley en cuestión se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia y a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia, pero determina una excepción respecto de los delitos frente a los cuales no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004, que es lo que

precisamente se cuestiona; (iii) específico, en tanto establece de manera concreta una oposición objetiva y verificable entre la disposición normativa demandada y el artículo 29 Superior, al acudir a argumentos determinados y directos, que se relacionan concretamente con la norma objetada y permiten adelantar un juicio de constitucionalidad; (iv) pertinente, puesto que el cargo se concentra en la posible violación del principio de favorabilidad, de manera que este único cargo posibilita una verdadera confrontación entre el precepto acusado y el mandato constitucional que se considera vulnerado; y, (v) suficiente, en razón a que se cumple con una carga argumentativa a partir de la cual esta Corporación puede realizar un pronunciamiento de fondo sobre la controversia constitucional planteada ante el artículo 44 de la Ley 1826 de 2017 y el artículo 29 constitucional.

3. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que la demanda plantea un cargo frente a las expresiones demandadas del artículo 44 acusado, el problema jurídico que debe afrontar la Corte en esta oportunidad es determinar ¿si las expresiones acusadas del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, al establecer que “(...) y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004”, desconoce el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política?

4. Esquema de resolución

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala Plena desarrollará el siguiente programa metodológico: (i) se referirá brevemente al alcance normativo del principio de favorabilidad. Reiteración de jurisprudencia; para posteriormente, (ii) analizar la constitucionalidad de las expresiones demandadas del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017.

5. Breve referencia al principio de favorabilidad en materia penal. Reiteración de jurisprudencia

Como dijo la Corte en la Sentencia C-371 de 2011, de conformidad con el artículo 29 Superior “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. La favorabilidad en materia penal constituye un mandato de orden superior que corresponde a un principio rector del derecho punitivo y un derecho fundamental de aplicación inmediata, de conformidad con el artículo 85 de la Carta.

El principio de favorabilidad constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, su aplicación se presenta en el contexto de leyes sucesivas y no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia[25].

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[26], se refiere a esta prerrogativa en los siguientes términos:

“Artículo 15. 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.”

Igualmente, en el artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José[27], se consagra de manera casi literal la misma disposición.

En el ordenamiento jurídico interno y en desarrollo del mandato constitucional aludido, este principio se encuentra consagrado en los artículos 6º del Código Penal (Ley 599 de 2000) y 6º del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

El alcance normativo de esta figura jurídica implica que el legislador, en ejercicio de su potestad de regular los mecanismos para el ejercicio del ius puniendi y dentro del amplio margen de configuración que le asiste para determinar la política criminal que considere más conveniente, puede establecer un régimen penal más o menos restrictivo. En dicho marco, el principio de favorabilidad permite que las personas procesadas penalmente tengan el derecho a la aplicación de las disposiciones que menos afecten o restrinjan sus derechos fundamentales.

La jurisprudencia de esta Corte ha expuesto que para la aplicación de esta garantía en materia penal no existe distinción entre normas sustantivas y procesales, en razón a que el texto constitucional no establece tal diferenciación[28]. Así mismo ha señalado que la aplicación del principio de favorabilidad es tarea que compete al juez de conocimiento en cada caso particular y concreto, pues solo a él corresponde determinar la norma que más beneficia o favorece al procesado, lo cual no quiere decir que la decisión deba ser siempre en favor de quien lo invoca. Esto significa que el referido principio no es predicable frente a normas generales, impersonales y abstractas[29]. En relación con su naturaleza de derecho fundamental de aplicación inmediata y su carácter intangible, ha explicado esta Corte que tales atributos implican que puede exigirse o solicitarse su aplicación en cualquier momento, pero con la condición de que la nueva ley más favorable se encuentre rigiendo[30].

Ahora bien, resulta relevante para el caso que nos ocupa, reiterar que el principio de favorabilidad conserva plena efectividad frente a normas que regulan la vigencia de una ley. Así, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la compatibilidad de normas que establecen la vigencia de un nuevo estatuto o de una nueva regulación penal con el principio de favorabilidad en desarrollo no solo de la cláusula general de competencia asignada por el constituyente al legislador de “hacer las leyes”, sino igualmente en virtud de la amplia libertad de configuración normativa en la materia a él reconocida, de manera que la determinación de la fecha en que debe entrar en vigencia una ley penal, es un asunto que compete al órgano legislativo[31].

En el mismo sentido ha expuesto que el legislador, al señalar la vigencia hacia el futuro de una normatividad de contenido penal –procesal o sustantivo-, no obstaculiza ni restringe la aplicación inmediata del principio de favorabilidad, que debe ser objeto de examen y aplicación por parte del juez a quien le ha sido asignada la competencia para resolver el proceso penal respectivo. Ello por cuanto el precepto que prevé la vigencia de las normas hacia el futuro, o que precisa aspectos temporales en la aplicación de una reforma, se limita a hacer expreso el principio de irretroactividad de la ley penal como expresión del principio de legalidad.

Este criterio se ha reiterado por el Pleno de esta Corporación en sentencias que se han pronunciado sobre la constitucionalidad de normas penales que establecen reglas de

vigencia frente a cargos por vulneración del principio de favorabilidad[32]. Por tanto, la Corte ha recordado a los operadores del sistema penal que las normas que contemplan la vigencia de una ley penal hacia el futuro – “a partir de su promulgación” o bajo una fórmula de gradualidad-, no hacen otra cosa que reafirmar el principio de irretroactividad de la ley penal, adscrito al principio de legalidad, y por ende ellas deben ser interpretadas y aplicadas en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional, y en consecuencia con los mandatos del artículo 29 superior[33]. Igualmente ha precisado que, en respeto del derecho a la igualdad, la aplicación del principio de favorabilidad debe darse frente a supuestos de hecho similares pero que reciben en los estatutos sucesivos en el tiempo soluciones de derecho diferentes.

De conformidad con lo expuesto se concluye que el principio de favorabilidad (i) ha sido consagrado por norma superior -art. 29 CP- e instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad -art. 93 CP- como un principio rector del derecho punitivo; (ii) forma parte integral del debido proceso penal y se contempla como derecho fundamental intangible y de aplicación inmediata -art.85 CP-; (iii) no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales para su aplicación en materia penal; (iv) la aplicación de este derecho corresponde al juez de conocimiento del proceso respectivo; (v) la potestad para fijar la vigencia de una ley radica en el legislador y el precepto que prevé su vigencia hacia el futuro se limita a hacer expreso el principio de irretroactividad de la ley penal, como expresión del postulado de legalidad, sin que por ello se vulnere el principio de favorabilidad.

6. Análisis Constitucional de las expresiones demandadas del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017.

6.1.El artículo 44 de la Ley 1826, en relación con su vigencia y derogatorias, establece que la “La presente ley entrará a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.

Esta ley no modifica, deroga ni adiciona el Código Penal Sustantivo ni la Ley 1773 de 2016.

6.2. En cuanto a la expresión demandada contenida en el inciso primero del artículo 44 “y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia”, no se evidencian problemas de constitucionalidad, ya que la aplicación de la norma frente a delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia no impide la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal. Tal como lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Corte y lo menciona el Ministerio Público, contrario a lo advertido por los demandantes, si dicho aparte fuera declarado inexecutable se desconocería el principio de irretroactividad de la ley penal y de legalidad y no habría certeza sobre la vigencia de lo dispuesto por la Ley 1826 de 2017, por las siguientes razones:

(ii) Igualmente, no se constata que frente a esta expresión existan argumentos encaminados a demostrar que el Congreso excedió su amplia libertad de configuración para determinar los procedimientos y la vigencia de las leyes, así como para definir los efectos del tránsito de legislación procesal penal, esto es, el respeto de los derechos adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y favorabilidad[34].

(iii) En este sentido, ni del tenor literal de la expresión demanda “y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia”, ni de su alcance normativo, se desprende por qué sería violatoria del artículo 29 de la Constitución respecto del principio de favorabilidad para el caso de los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia. Y es que la expresión normativa en cuestión se conforma con el principio general de vigencia y aplicación de los efectos jurídicos de las disposiciones hacia el futuro, de manera que se debe entender de acuerdo con la regla general de que sus efectos jurídicos se deben aplicar a delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, sin perjuicio del respeto al postulado de dar aplicación a la disposición penal más favorable al reo, en el entendido de que el principio de favorabilidad subyace de manera general a la ley penal y se aplica por parte del operador jurídico en cada caso concreto[35].

(iv) Frente al principio de favorabilidad en materia penal se parte de la base de que la ley vigente a la comisión del delito es la que rige toda la actuación. No obstante, si una ley posterior modifica favorablemente el tratamiento del delito, se aplica retroactivamente, de

manera que constituye excepción al principio general de aplicación de las leyes hacia el futuro que deben ser valoradas y ponderadas juiciosamente por el operador jurídico cuando se trata de normas sustanciales o procesales en donde se encuentren en juego las garantías fundamentales del debido proceso -art. 29 CP.

(v) La jurisprudencia de esta Corporación tanto en sede de control abstracto[36] como en sede de revisión[37] ha establecido que es procedente la aplicación de la norma más favorable, de manera que la ley en materia penal, aunque se trate de norma procesal que tengan efectos sustanciales, debe interpretarse en concordancia con el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 Superior.

(vi) En criterio de la Sala Plena la expresión acusada del artículo 44 de la Ley 1826 opera sin perjuicio del principio de favorabilidad, de manera que los propios demandantes reconocen que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha aplicado el criterio de favorabilidad tras la entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017.

Todo lo anteriormente expuesto demuestra que la expresión acusada del inciso primero del artículo 44 de la Ley 1826 es constitucional y no afecta el principio de favorabilidad.

6.3. Otra cosa ocurre con la expresión demandada " También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004" contenida en el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 1826, ya que esta consagra una disposición que permite una interpretación que en efecto puede vulnerar el principio de favorabilidad, puesto que condiciona la aplicación de las normas sustanciales y procesales con efectos sustantivos de dicha normativa, en cuanto sean más favorables y se refieran a derechos y garantías fundamentales, a que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004, por las siguientes razones:

(i) Como se expuso en la parte motiva de esta providencia, el legislador es competente para determinar la vigencia de la normatividad penal hacia el futuro como expresión del principio de irretroactividad de la ley penal y de legalidad, lo cual no obstaculiza ni restringe la aplicación inmediata del principio de favorabilidad que debe ser objeto de examen y decisión por parte del juez de conocimiento en cada caso concreto del respectivo proceso penal. Sin embargo, cuando el legislador dispone expresamente restricciones respecto de la

vigencia de estas normativas, debe examinarse si ello afecta el principio de favorabilidad.

(ii) En el caso que nos ocupa, evidencia la Sala que la aplicación de la Ley 1826 a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor sólo en los casos en que no se haya formulado imputación, resulta contrario al principio de favorabilidad, en virtud del cual se debe dar aplicación a las normas sustanciales y procesales con efectos sustantivos, como la causal de preclusión por atipicidad absoluta consagrada en el artículo 40 de la misma normativa, si estas resultan ser más favorables.

(iii) En los casos de delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1826, en los que se hubiere surtido la formulación de imputación, si el proceso abreviado resulta más favorable al reo, no habría razón constitucional alguna que impida solicitar la preclusión por atipicidad absoluta que consagra el artículo 40, en aplicación del principio de favorabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 44 de dicha normativa.

(iv) A juicio de esta Corporación, la limitación que establece la expresión demandada del inciso segundo del artículo 44, puede llegar a restringir el principio de favorabilidad si se entiende, como entienden los demandantes y los intervinientes que solicitan la exequibilidad condicionada o la inexequibilidad de esta disposición, que en los procesos en los que se hubiere formulado imputación bajo la Ley 906 de 2004 no se podría aplicar la causal de preclusión por atipicidad absoluta consagrada en el artículo 40 de la Ley 1826, la cual podría ser más favorable para la defensa que la “Atipicidad del hecho investigado” consagrada en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004. Lo anterior, en tanto la norma de la ley 1826 amplía las facultades para solicitar la preclusión, entre otras normas sustanciales y/o procesales con efectos sustantivos que sean más favorables. De manera que el artículo 44 al establecer, en principio, la exclusión del proceso abreviado previsto en la ley 1826 a los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de dicha ley en los que se hubiere formulado imputación bajo la Ley 906 de 2004, afectaría el principio de favorabilidad.

(v) De conformidad con esta interpretación de la norma acusada, se restringiría el principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 Superior si no pueden ser aplicadas las disposiciones sustanciales o procesales que garantizan derechos fundamentales contenidos

en la Ley 1826 aunque sean normas de un régimen posterior pero que resulten más favorables y se trate de figuras jurídicas o instituciones comparables y equiparables[38].

(vi) Evidencia la Corporación que del contenido normativo de la expresión demandada se derivan dos posibles interpretaciones:

La primera, según la cual esta norma no afectaría el principio de favorabilidad por cuanto, como quedó expuesto, el mandato constitucional del debido proceso -art. 29 CP- es que este principio subyace como presupuesto normativo sine qua non a la ley penal, sin que sea necesario que el legislador lo consagre en una norma general y abstracta de orden legal pues ya tiene un estatus de imperativo constitucional y se aplicaría en cada caso en concreto por el operador jurídico, como lo ha reiterado la doctrina, la jurisprudencia constitucional[39] y lo exponen la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Justicia y del Derecho, y la Vista Fiscal. La segunda, de conformidad con la cual la norma sub examine proscribe la aplicación de las normas sustanciales y procesales de la Ley 1826 de 2017 que tienen relación con la garantía de derechos fundamentales, cuando estas resultan más favorables, tal como la causal de preclusión por atipicidad absoluta contenida en el artículo 40 de la misma normativa.

(vii) Por estas razones, tanto los demandantes como algunos intervinientes ponen de presente que esta disposición se ha venido interpretando y aplicando de diversas maneras por los jueces en casos concretos, como lo evidencia la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP1763-2018, en la que se dio aplicación retroactiva a la Ley 1826 de 2017 con fundamento en el principio de favorabilidad, la cual se cita en la demanda. Por el contrario, en otros casos, puestos en conocimiento de esta Corte por los demandantes, se ponen de presente ejemplos en los que se rechazó aplicar por favorabilidad el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017, que permite a la defensa solicitar la preclusión por atipicidad absoluta. Constata por tanto esta Corporación que el precepto demandado da lugar a dos interpretaciones posibles, una de las cuales resulta inconstitucional en razón a que excluye la aplicación del principio de favorabilidad en aquellos procesos en los que se ha surtido la formulación de imputación bajo la Ley 906 de 2004.

(viii) En conclusión, la Corte encuentra necesario excluir del ordenamiento jurídico la interpretación que resulta inconstitucional en cuanto excluye la aplicación del principio de

favorabilidad respecto de la Ley 1826 de 2017, de manera que se declarará la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, en el entendido de que esta disposición no excluye la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

7. Síntesis de la decisión

En primer lugar, la Corte constató, en relación con el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017, que en la demanda no se presentó ningún reproche de inconstitucionalidad que permitiera abordar el análisis pertinente. Por el contrario, de lo expuesto quedó en evidencia que los demandantes están de acuerdo con el contenido de la citada disposición en cuanto establece una nueva causal de preclusión por atipicidad absoluta.

Si bien los demandantes solicitan que tanto el artículo 40 como el 44 sean declarados inexecutable, no se formuló un verdadero cargo de inconstitucionalidad por cuanto no se presentó argumento alguno que sustente por qué el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017 resulta ser contrario a la Constitución. Por otra parte, no se acudió a la integración de este artículo con el 44 en tanto cada uno de ellos contiene enunciados normativos autónomos e independientes, separables entre sí, de manera que no cabía predicar una proposición jurídica incompleta. El artículo 40 regula la causal de preclusión por atipicidad absoluta y el artículo 44 determina la vigencia en el tiempo de la totalidad de la Ley 1826 de 2017.

En cuanto a la expresión “y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia”, contenida en el inciso primero del artículo 44, la Corte no encontró que presentara problemas de constitucionalidad, ya que su aplicación no impide el principio de favorabilidad. Es claro que las leyes, en general y obviamente también en materia penal, deben establecer su entrada en vigor y su aplicación en el tiempo, que es precisamente lo que hace la expresión acusada del inciso primero del artículo 44. De ser declarada inexecutable, se desconocería el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley y no habría certeza sobre la vigencia de lo dispuesto en la Ley 1826 de 2017.

La Sala no encontró, por otra parte, que frente a esta expresión existieran argumentos encaminados a demostrar que el Congreso excedió su amplio margen de configuración de los procedimientos, su competencia para establecer la vigencia de las leyes ni para definir los efectos del tránsito de legislación procesal penal bajo el respeto de los derechos

adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y favorabilidad. En materia penal, la ley vigente al momento de la comisión del delito es la que rige la actuación. No obstante, si una ley posterior modifica favorablemente la situación del procesado se aplica retroactivamente (art. 29 C.P.). Se trata de una excepción al principio general de aplicación de las leyes hacia el futuro, que debe ser valorada y ponderada por el operador jurídico. Se trata de normas sustanciales o procesales que deben interpretarse en concordancia con el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

Otro escenario planteó el análisis de la expresión demandada contenida en el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, según la cual, “También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004”, toda vez que permite una interpretación que puede vulnerar el principio de favorabilidad, puesto que condiciona la aplicación de las normas sustanciales y procesales contenidas en dicha normativa, aun cuando sean más favorables y se refieran a derechos y garantías fundamentales, al hecho de que no se hubiere formulado imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.

Si bien la Ley 1826 de 2017 establece un procedimiento abreviado en el que se suprime la audiencia de formulación de imputación[40], por lo que resulta razonable que el legislador hubiera excluido de la aplicación de este procedimiento a los delitos en los que se hubiere formulado imputación, resultaría contrario al principio de favorabilidad el que no se pudiera dar aplicación a las normas sustanciales y procesales con efectos sustantivos más favorables.

Se evidenció que, del contenido normativo de la expresión demandada, se derivan dos posibles interpretaciones: según la primera, esta disposición no afectaría el principio de favorabilidad, por cuanto este subyace a la ley penal, sin que sea necesario que el legislador lo consagre en una norma general y abstracta, sino que se aplicaría en cada caso concreto. De acuerdo con la segunda, la norma examinada proscribía la aplicación de las normas sustanciales y procesales de la Ley 1826 de 2017 que afecten derechos y garantías fundamentales, aunque estas resulten más favorables, tal como la causal de preclusión por atipicidad absoluta contenida en el artículo 40 de la misma normativa, que mencionan expresamente los demandantes. Los demandantes e intervinientes pusieron de presente

que en la práctica la norma atacada se ha venido interpretando y aplicando por los jueces de diversas maneras, bien dando aplicación retroactiva a la Ley 1826 de 2017 con fundamento en el principio de favorabilidad, bien sea negando esta posibilidad. Dado que la segunda interpretación resulta inconstitucional por desconocer el principio de favorabilidad, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de la expresión demandada contenida en el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, de modo que no excluya la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 Superior.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 1826 de 2017 “(p)or medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado.”

SEGUNDO.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia”, contenida en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, y la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la expresión “También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004”, contenida en el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, en el entendido de que no excluye la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con Salvamento Parcial de Voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-225/19

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-
Ausencia de pertinencia y certeza en los cargos

Referencia: Expediente D-12901

Magistrado Ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

Con el respeto acostumbrado, me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, el 23 de mayo de 2019, referida a la demanda de inconstitucionalidad D-12901, que se presentó contra Artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017, “por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado”. Las razones que me llevan a ello son las siguientes:

1. A mi juicio, los pretendidos cargos de los actores representan una postura interpretativa personal y contraevidente del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, sobre la base de sus supuestas consecuencias y efectos nocivos, así como de la aplicación que ciertos jueces le estarían dando en casos muy concretos. Esto demuestra el incumplimiento de los requisitos de certeza y pertinencia, respectivamente. Por lo tanto, lo que correspondía, en este punto, era también la emisión de un fallo de carácter inhibitorio.

2. Como la misma Sala lo reconoce, el artículo 44 demandado opera sin perjuicio del principio de favorabilidad, bajo una interpretación leal y sistemática de la Ley 906 de 2004 y sus desarrollos jurisprudenciales. De hecho, la misma Ley 906 previó, respecto de su vigencia en el tiempo, que solo tendría aplicación para las conductas cometidas a partir del 1º de enero de 2005, de lo cual nunca se ha desprendido la proscripción del principio de favorabilidad. Al contrario, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aplicado, de antaño, instituciones del sistema penal acusatorio a procesos adelantados bajo

la Ley 600 de 2000, precisamente por resultar más favorables.

3. Los mismos demandantes reconocen que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria penal está aplicando el mismo criterio, tras la entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017, siempre que las circunstancias de cada caso concreto lo permitan y se trate de instituciones compatibles, aún en procesos en los que ya se haya efectuado audiencia de formulación de imputación[41]. Lo anterior demuestra, no solo que la interpretación de la demanda es claramente incorrecta, sino que no había, en rigor, ningún debate de constitucionalidad por abordar.

Fecha ut supra,

Carlos Bernal Pulido

Magistrado

[1] Señaladas en el artículo 241 de la Constitución.

[2] Consagrada en el artículo 40-6 de la Constitución.

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 14 de marzo de 1961, citada en Gaceta Judicial No. 2238, pp. 173-182.

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de marzo de 1961. M.P. Gustavo Rendón Gaviria, en Gaceta Judicial No. 2238, p.p. 173-182.

[5] Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[6] Al respecto, ver la Sentencia C-763 de 2002-

[7] Sentencia T-019 de 2017.

[8] Ver Sentencia C-763 de 2002.

[10] En sustento de lo dicho, destacó la Sentencia C-371 de 2011.

[11] Ley 1826 de 2017, artículo 44: “La presente ley entrará a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su

entrada en vigencia.

También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.

Esta ley no modifica, deroga ni adiciona el Código Penal Sustantivo ni la Ley 1773 de 2016.”

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

[13] Mediante escrito presentado por el ciudadano Juan David Gutiérrez Palacio, en calidad de secretario de dicha dependencia y en nombre propio.

[14] Gaceta del Congreso 960 de 2016. Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley No. 48 de 2015 Senado, 171 de 2015, Cámara.

[15] Sentencia C-763 de 2002.

[16] Sentencia C-371 de 2011.

[17] Ver entre otras, las Sentencias C-055 de 2010 y C-634 de 1996.

[18] Ver entre otras, las Sentencia C-699 de 2016.

[19] Expedido en desarrollo del artículo 242 de la Constitución Política en cuanto establece que los procesos que se adelanten ante la Corte serán regulados por la ley conforme a las reglas que en la misma disposición se señalan.

[20] “La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la

argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.” Sentencia C-1052 de 2001.

[21] “Que sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden.” Sentencia C-1052 de 2001.

[22] “Las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.” Ibidem.

[23] “La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma

demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa” a partir de una valoración parcial de sus efectos.” Sentencia C-1052 de 2001.

[24] “La suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche. (...) Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.” Ibidem.

[25] Sentencias C-304 de 1994, C-200 de 2002, C-371 de 2011, entre otras.

[26] Aprobado por la ley 74 de 1968.

[27] Aprobado por la ley 16 de 1972

[28] Ver entre otras las Sentencias C-252 de 2001, C-200 de 2002, C-922 de 2001 y C-371 de 2011, entre otras.

[29] Sentencias C-301 de 1993 y C-371 de 2011, entre otras .

[30] Sentencias C-475 de 1997 y C-371 de 2011.

[31] Sentencias C-084 de 1996, C-581 de 2001 y C-371 de 2011, entre otras.

[32] Consultar al respecto las sentencias C-581 de 2001, C-1092 de 2003, C-592 de 2005 y C-801 de 2005.

[33] Sentencia C- 873 de 2003.

[34] Ver Sentencia C-200 de 2002.

[35] Sentencias C-371 de 2011 y C-708 de 2005 entre otras.

[36] Ver Sentencia C-252 de 2001 C-371 entre otras.

[37] Ver Sentencia T-272 de 2005.

[38] Ver Sentencias C-592 de 2005, T-1057 de 2007, entre otras.

[39] Sentencias C-371 de 2011 y C-708 de 2005 entre otras.

[40] Y se acumulan las audiencias de formulación de acusación y preparatoria.

[41] Sobre el punto, la misma providencia citada por los actores: CSJ, Sala Penal, 23 de mayo de 2018, rad. 51989.