

LA REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA PENA: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-181 DE TRECE DE ABRIL DE 2016

*Francisco Bernate Ochoa**

En la Sentencia C-181 de 2016, la Corte Constitucional se pronunció sobre la reincidencia como circunstancia agravante de la pena, a propósito del examen de constitucionalidad de una disposición contenida en la Ley 1453 de 2011, ley de seguridad ciudadana, que dispuso duplicar la pena de multa para el sentenciado que hubiera sido condenado por un delito doloso o preterintencional dentro de los diez años anteriores (art. 46).

La Corte examina si esa disposición desconoce el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho y, en caso afirmativo, si ello contraría la Constitución. Esta controversia, sobre la cual existe abundante jurisprudencia en nuestro medio, es abordada por la Corporación en una extensa argumentación que la lleva a trasegar –de manera innecesaria– sobre, prácticamente, todos los aspectos de la teoría del delito tales como la función de la pena o el contenido dogmático de las diferentes categorías, a propósito de lo cual incurre en profundos yerros teóricos. Aunque la decisión adoptada es correcta en cuanto al punto concreto debatido, no lo es respecto de la problemática de la reincidencia en el marco de un derecho penal de acto, como lo es el colombiano.

El Tribunal Constitucional desacierta en la forma y en el fondo de la sentencia comentada: en la forma, por cuanto dispone que el sentido de la decisión depende de una discusión –la reincidencia dentro de la teoría del delito– que, al final, no resulta determinante para la solución del problema jurídico, a la cual arriba por otra vía argumentativa. En cuanto al fondo, porque, si bien la Corte reconoce que el principio del acto es uno de los postulados fijados por el legislador en materia penal, adopta una decisión contraria a este axioma. En este sentido, el presente escrito se ocupa de los errores del fallo y, al hilo de ello, de la forma en que debe tratarse la reincidencia en el derecho penal colombiano.

Apartes de la sentencia

[...] I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40-6, 241 y 242-1 de la Constitución Política, el ciudadano Andrés Fernando Ruiz Hernández presentó ante esta Corporación

* Director del Grupo de Investigación en Derecho Penal “Carlos Lozano y Lozano” de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y profesor titular de la misma Universidad.

demanda en contra del artículo 46 (parcial) de la Ley 1453 de 2011, “*Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.*”, que en concreto modificó el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, por vulnerar los artículos 13 y 29 del texto Superior, los artículos 14.1 y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[...] II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, “*Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.*”, y se resalta el aparte objeto de la demanda de inconstitucionalidad:

“LEY 1453 DE 2011

(junio 24)

Diario Oficial No. 48.110 de 24 de junio de 2011

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 46. *El artículo 39 de la Ley 599 quedará así:*

Artículo 39. La multa. La pena de multa se sujetará a las siguientes reglas:

1. *Clases de multa. La multa puede aparecer como acompañante de la pena de prisión, y en tal caso, cada tipo penal consagrará su monto, que nunca será superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente puede aparecer en la modalidad progresiva de unidad multa, caso en el cual el respectivo tipo penal sólo hará mención a ella.*

2. *Unidad multa. La unidad multa será de:*

1. *Primer grado. Una unidad multa equivale a un (1) salario mínimo legal mensual. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.*

En el primer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. *Segundo grado. Una unidad multa equivale a diez (10) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.*

En el segundo grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta (50).

3. *Tercer grado. Una unidad multa equivale a cien (100) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.*

En el tercer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores.

3. *Determinación. La cuantía de la multa será fijada en forma motivada por el Juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.*

4. *Acumulación. En caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este artículo para cada clase de multa.*

5. *Pago. La unidad multa deberá pagarse de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia haya quedado en firme, a menos que se acuda a alguno de los mecanismos sustitutivos que a continuación se contemplan.*

6. *Amortización a plazos. Al imponer la multa, o posteriormente, podrá el Juez, previa demostración por parte del penado de su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, señalar plazos para el pago, o autorizarlo por cuotas dentro de un término no superior a dos (2) años.*

La multa podrá fraccionarse en cuotas cuyo número no podrá exceder de veinticuatro (24), con períodos de pago no inferiores a un mes.

7. *Amortización mediante trabajo. Acreditada la imposibilidad de pago podrá también el Juez autorizar, previa conformidad del penado, la amortización total o parcial de la multa mediante trabajos no remunerados en asunto de inequívoca naturaleza e interés estatal o social.*

Una unidad multa equivale a quince (15) días de trabajo.

Los trabajos le obligan a prestar su contribución no remunerada en determinadas actividades de utilidad pública o social.

Estos trabajos no podrán imponerse sin el consentimiento del penado y su ejecución se ceñirá a las siguientes condiciones:

1. *Su duración diaria no podrá exceder de ocho (8) horas.*

2. *Se preservará en su ejecución la dignidad del penado.*

3. *Se podrán prestar a la Administración, a entidades públicas, o asociaciones de interés social. Para facilitar su prestación la Administración podrá establecer convenios con entidades que desarrollen objetivos de claro interés social o comunitario. Se preferirá el trabajo a realizar en establecimientos penitenciarios.*

4. *Su ejecución se desarrollará bajo el control del juez o tribunal sentenciador, o del juez de ejecución de penas en su caso, despachos que para el efecto podrán requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la administración o a la entidad o asociación en que se presten los servicios.*

5. *Gozará de la protección dispensada a los sentenciados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social.*

6. Su prestación no se podrá supeditar al logro de intereses económicos.

Las disposiciones de la Ley Penitenciaria se aplicarán supletoriamente en lo no previsto en este Código. En los eventos donde se admite la amortización de la multa por los sistemas de plazos o trabajo, el condenado suscribirá acta de compromiso donde se detallen las condiciones impuestas por el Juez”.

III. LA DEMANDA

El demandante acusó de inconstitucional el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011 (parcial), por la supuesta vulneración del principio *non bis in ídem*, contenido en el artículo 29 de la Carta, y en los artículos 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El actor sustentó el único cargo formulado con fundamento en que:

“(...) el aparte normativo demandado está habilitando una doble valoración judicial del delito cometido de forma antecedente al delito sancionado con pena de multa. En efecto, el primer escenario de valoración será, necesariamente, cuando producto del proceso de judicialización se desvirtúa su presunción de inocencia y es condenado al ser hallado penalmente responsable pero, el segundo escenario de valoración, es cuando la norma demandada menciona que al delincuente reincidente se le debe duplicar la unidad multa en atención a la preexistencia de la sentencia condenatoria por el delito doloso o preterintencional cometido dentro de los 10 años anteriores al delito sancionado con la pena de multa ya que en este segundo escenario no está haciendo cosa distinta que dando orden al Juez para que tenga en cuenta el delito cometido con anterioridad a efectos de que sea nuevamente valorado, de forma negativa, en el escenario del segundo delito y producto de ello se dé duplicación a la unidad multa con la cual se tasaré la pena del segundo delito cometido.”

En ese orden de ideas, el actor concluyó:

“(...) es claro que de la redacción de la norma atacada que (sic) a la persona del procesado la están penando de nuevo por el primer delito ya que en un primer momento recibe una pena por medio de una sentencia condenatoria en firme y luego, cuando esta persona comete un nuevo delito, doloso o preterintencional, dentro del rango temporal que establece la norma atacada ese primer delito se manifiesta en la duplicación de la unidad multa con la cual se determinará la pena del segundo delito cometido por el mismo procesado.”

Por las anteriores razones, solicita que la Corte Constitucional declare la inexecutable del artículo 46 (parcial) de la Ley 1453 de 2011.

[...]VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

[...] Problema jurídico

3. La Corte considera que conforme a la demanda y los argumentos que sustentan el único cargo de violación admitido, las intervenciones, el concepto del Ministerio Público, el problema jurídico que corresponde resolver a la Sala se circunscribe a determinar si ¿al establecer la duplicación de la unidad de multa (agravante) por reincidencia en delitos dolosos y preterintencionales condenados dentro de los 10 años anteriores a la comisión del nuevo delito, el Legislador vulneró el principio constitucional del *non bis in ídem*, al presuntamente establecer la posibilidad de una doble sanción penal a una persona por una conducta punible juzgada y sancionada previamente?

4. Para dar solución a la cuestión planteada, la Sala previamente presentará aspectos introductorios sobre la figura jurídica de la reincidencia, para después abordar 4 temas de incidencia constitucional en este asunto: i) El análisis de la reincidencia desde la dogmática penal, es decir, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, con especial énfasis en las finalidades constitucionales de la pena; ii) las generalidades de la reincidencia penal y su configuración normativa y jurisprudencial en el derecho comparado e interno; iii) la libertad de configuración normativa del Legislador en materia penal y en especial en el establecimiento de atenuantes y agravantes punitivos y sus límites constitucionales; y, iv) el principio del *non bis in ídem* y su dimensión material como parámetro de control constitucional. Por último se analizará en concreto la constitucionalidad de la norma acusada.

La reincidencia. Aspectos introductorios

5. La reincidencia reviste especial importancia para el derecho penal, pues comporta una reacción social ante la insistencia en el delito de quien ha sido previamente condenado por otro u otras conductas punibles, que se materializa en el incremento de la pena. Es decir, se trata de una situación fáctica con la entidad suficiente para generar la agravación de la pena impuesta a quien retorna a los actos reprochables no obstante haber sido juzgado y condenado previamente por la comisión de otros delitos.

6. Debido al problema jurídico planteado en relación con la figura de la reincidencia y el principio del *non bis in ídem* en el escenario del derecho penal constitucionalizado, la Sala es consciente de las dificultades teóricas que la mencionada institución ha generado en torno a su fundamentación y a su naturaleza jurídico-dogmática, puesto que el análisis de constitucionalidad está condicionado al lugar de ubicación de la reincidencia en cualquiera de los elementos de la dogmática penal. Así, si se encuentra ubicada en la tipicidad el análisis constitucional comprendería la configuración de la reincidencia como una conducta típica. Por su parte, si dicho instrumento se ubica en la antijuridicidad o en la culpabilidad, el control de constitucionalidad recaería sobre la reincidencia y su incidencia en el juicio de responsabilidad penal. Si finalmente se ubica en la punibilidad, la recaída en el delito sería analizada como elemento para establecer la pena del condenado.

7. Por tal razón, a continuación se efectuará un breve estudio a modo explicativo de: i) la tipicidad y la antijuridicidad; ii) la culpabilidad; y, iii) la punibilidad. Hecho lo anterior, la Sala focalizará su estudio en: iv) las teorías de la pena; v) las formas de la pena, en especial la pena de multa y los agravantes punitivos; vi) las finalidades de la pena; y, vii) su trascendencia constitucional.

Análisis de la figura de la reincidencia desde la dogmática penal constitucionalizada

8. La figura de la reincidencia que es objeto de análisis de la Corte, se enmarca dentro de la órbita del derecho penal, como expresión del poder punitivo del Estado, el cual se encuentra constitucionalizado tanto en sus aspectos sustanciales como procedimentales.

9. En ese escenario, surge la importancia de la dogmática penal constitucionalizada la cual cumple un papel de innegable trascendencia, pues tiene como finalidad extraer, describir y explicar sistemáticamente el contenido de las normas penales, por lo que a partir de la misma, se analizan aspectos como la tipicidad, antijuridicidad, la culpabilidad, la punibilidad, así como, las teorías, finalidades y valores de la pena, elementos de suma importancia para el estudio de la figura de la reincidencia penal, puesto que el control de

constitucionalidad de la Corte, como ya se mencionó, está condicionado por la ubicación en uno de los elementos mencionados. Así, su breve estudio permitirá a la Sala un mejor análisis sobre su constitucionalidad.

Tipicidad y tipo penal

10. El estudio de la teoría del delito actualmente se realiza a partir de un análisis tripartito: i) tipicidad; ii) antijuridicidad; y, iii) culpabilidad, fórmula acogida por el Código Penal colombiano.

Así, la tipicidad es la consagración normativa de los comportamientos humanos reprochables desde el punto de vista penal, a través de esquemas dogmáticos y las pautas de derecho positivo vigentes. Se expresa a través del tipo penal, conformado por elementos que definen la tipicidad de una conducta punible, los cuales son: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, la conducta en sí misma y los ingredientes normativos y subjetivos, así como la consagración de la pena.

La definición del tipo penal, permite realizar la adecuación típica de la conducta objeto de reproche, puesto que se trata de un examen de correlación entre un comportamiento humano y todos los elementos estructurales del tipo.

La tipicidad penal y el principio de legalidad

11. La tipicidad tiene una innegable trascendencia constitucional y es una expresión de la irrigación de los contenidos de la Carta sobre el ordenamiento penal, pues constituye uno de los pilares del principio de legalidad, lo que genera una relación amplia y dinámica con el derecho fundamental al debido proceso.

Así, la tipicidad como principio se manifiesta en la “(...) exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras”¹.

Este Tribunal desarrolló el contenido de dicho principio e identificó los siguientes elementos: i) la conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque está determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; ii) debe existir una sanción cuyo contenido material lo define la ley; y, iii) la obligatoria correspondencia entre la conducta y la sanción.

12. De otra parte, el artículo 29 de la Constitución establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Para esta Corporación, las disposiciones contenidas en la Carta le imponen al Legislador las siguientes obligaciones: i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas; ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones; iii) definir las autoridades competentes; y, iv) establecer las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo lo anterior con la finalidad de garantizar un debido proceso.

El principio de legalidad que rige el derecho penal, es definido por JIMÉNEZ DE ASUA como: “(...) *nullum crimen sine praevia lege*: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; *nulla poena sine praevia lege*: esto es, no puede

¹ Sentencia C-827 de 2011 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale indicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal."

Conforme a lo anterior, la Corte en sentencia C-653 de 2001 expresó que el ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado debe respetar en todo caso las garantías del derecho fundamental al debido proceso destinado a "(...) proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo del estado."

En ese orden de ideas, el principio de legalidad penal es una de las principales conquistas del Estado constitucional, al constituirse en una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, pues les permite conocer previamente cuándo y por qué razón pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole, con lo que se pretende fijar reglas objetivas para impedir el abuso de poder de las autoridades penales del caso.

13. Este Tribunal ha identificado las diferentes dimensiones del principio de legalidad en materia penal, las cuales se resumen a continuación: i) la reserva legal, pues la definición de las conductas punibles le corresponde al Legislador y no a los jueces ni a la administración; ii) la prohibición de aplicar retroactivamente las normas penales, por lo que un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley previa que así lo establezca, salvo el principio de favorabilidad; iii) el principio de legalidad en sentido estricto denominado de tipicidad o taxatividad, exige que las conductas punibles no solo deben estar previamente establecidas por el Legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley, por lo que la labor del juez se limita a la adecuación de la conducta reprochada en la descripción abstracta realizada por la norma. Solo de esta manera se cumple con la función garantista y democrática, que se traduce en la protección de la libertad de las personas y el aseguramiento de la igualdad ante el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado.

14. En conclusión, la tipicidad es un principio constitucional que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal. Dicho principio se expresa en la obligación que tiene el Legislador de establecer de manera clara, específica y precisa las normas que contienen conductas punibles y sus respectivas sanciones.

Por su parte, el principio de legalidad materializa el derecho fundamental al debido proceso y garantiza la libertad individual y la igualdad de las personas ante la ley. Sus dimensiones encierran la reserva de ley, la irretroactividad de la ley penal salvo favorabilidad y la tipicidad o taxatividad, mediante las cuales evita la arbitrariedad o la intromisión indebida por parte de las autoridades penales que asumen el conocimiento y juzgamiento de las conductas típicas.

Antijuridicidad en el derecho penal constitucionalizado

15. Verificada la tipicidad, corresponde ahora estudiar el concepto de antijuridicidad de la conducta, para luego analizar la culpabilidad y luego la punibilidad. La antijuridicidad o injusto penal implica la contradicción jurídica del acto objeto de reproche, es decir, de una parte, el desvalor de resultado el cual es formal cuando se infringe la ley y material, cuando se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico protegido, y de otra parte, el desvalor de la acción con fundamento en el conocimiento de los hechos típicos dolosos o de la infracción al deber de cuidado en los delitos culposos, lo que genera el "injusto típico".

16. En la legislación colombiana, la antijuridicidad esta consagrada en el artículo 11 del Código Penal del año 2000, que establece: *“Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal.”*

La norma transcrita permite entender que en el país se acepta una concepción dual de la antijuridicidad (formal-material), porque para que la conducta típica sea antijurídica se requiere que sea contraria a derecho, y además, lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido por la norma penal.

17. La antijuridicidad no es un principio con expresa regulación constitucional, sin embargo, esta Corporación ha establecido que guarda una íntima conexión con el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso” el cual se deduce jurisprudencialmente de los postulados de Estado Social de Derecho, la dignidad humana, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, los derechos inalienables de la personal, prohibición de la pena de muerte y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el principio de igualdad y de la proporcionalidad de las medidas excepcionales.

Conforme a lo anterior, la responsabilidad de los particulares por la infracción a las leyes, especialmente las penales, requiere la verificación de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no la simple valoración de una intención que se juzga lesiva, solo esta última condición justifica la restricción de los derechos y libertades, que gozan igualmente de protección constitucional.

18. En síntesis, aunque la antijuridicidad no tiene rango de principio constitucional, guarda una estrecha relación con el principio de proporcionalidad, puesto que solo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de derechos fundamentales como la libertad personal.

La culpabilidad penal constitucionalizada

19. La culpabilidad hace parte de la dogmática penal y junto con la tipicidad y la antijuridicidad, constituye un elemento estructural de la responsabilidad penal. Así las cosas, para BACIGALUPO la culpabilidad constituye *“(…) el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma”*.

20. La culpabilidad es aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 Superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento entre otros. Conforme a lo anterior, está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto. Por último, la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto.

Fundamento constitucional de la culpabilidad

21. El fundamento constitucional de la culpabilidad se encuentra en el artículo 29 de la Constitución y el principio de presunción de inocencia, conforme al cual *“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.”*. Al respecto, esta Corporación en sentencia C-626 de 1996 consideró que el artículo 29 de la Constitución consagró que ni el Legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie, puesto que toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario en el escenario de un juicio regido por el debido proceso. En tal sentido, la aplicación de las sanciones previstas en la ley está condicionada a la certeza de la responsabilidad subjetiva del procesado por el hecho punible que dio lugar al juicio, lo que implica la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva.

Posteriormente en sentencia C-239 de 1997, la Corte expresó que conforme al artículo 29 de la Constitución, el carácter político del Estado Social de Derecho y el respeto a la dignidad humana, se consagró el principio de que no hay delito sin conducta, pues *“(…) nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”*, por lo que el constituyente avanzó hacia el establecimiento de un derecho penal del acto y no de autor. Esta exigencia Superior implica:

i) Que el acontecimiento objeto de punición no puede constituirse ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad. Por lo tanto, el derecho represivo solo puede castigar al hombre por lo que efectivamente realizó y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco por su temperamento o por sus sentimientos, o por su personalidad. En resumen, se castiga al hombre por lo que hace, por su conducta social, no por su ser, deseo, pensamiento o sentimientos.

ii) La adscripción de la conducta al actor, de ahí que además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto debe estar dirigida a la observancia de la misma. En otras palabras: *“(…) el principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto.”*

iii) La culpabilidad permite graduar de manera proporcional la pena que debe imponerse, con fundamento en el juicio de exigibilidad. Así *“La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión.”*

22. En resumen, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer.

La punibilidad y su trascendencia constitucional

La pena

23. Establecida la responsabilidad penal a partir de la verificación de la culpabilidad el siguiente estadio dogmático es la imposición de la respectiva pena. Este elemento de la dogmática penal reviste trascendental importancia, puesto que es a partir de la punibilidad que se restringen derechos fundamentales como la libertad personal, entre otros. Además, el estudio de la pena, su función, las clases y forma de medición (dosimetría), son relevantes para el asunto que conoce en esta oportunidad la Sala, puesto que la norma objeto de censura contempla la duplicidad de la pena de multa que inicialmente correspondería.

La pena configura la sanción legal, la expresión del poder punitivo del Estado por la realización de un acto considerado típicamente como delito. Para JAKOBS "(...) *el contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido*". Por tal razón, a continuación se presentan las teorías que buscan explicar las funciones y fines de la pena.

Teoría de los fines de la pena

24. Con las teorías de la pena se busca encontrar la justificación de su aplicación. Para ZUGALDIA ESPINAR las teorías de la pena son perspectivas, puntos de vista que tienen como finalidad explicar de manera racional la existencia del derecho penal, que permite que algunas personas (jueces o tribunales), a nombre de la sociedad impongan a sus semejantes el sufrimiento de una sanción legal punitiva.

Para un sector de la doctrina la legitimación de la pena se encuentra con la función que se le asigne al derecho penal. En tal sentido, BACIGALUPO expresa que "(...) *toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho penal.*"

Conforme a lo expuesto, las teorías de la pena la justifican a partir de su función y finalidad, en ese orden de ideas, a continuación se presentan brevemente las teorías que justifican la imposición de penas a partir de sus fines.

Teorías absolutas

25. En estas teorías la pena tiene una finalidad en sí misma, con una marcada tendencia compensatoria, que busca resarcir el daño cometido por el infractor.

Así, la *teoría de la expiación* es una de las concepciones de la tendencia absolutista, en la que según LESCH la pena supone una expiación moral, una especie de reconciliación del sujeto activo con la norma penal transgredida y con la sociedad, de ahí que la pena tenga una dimensión de arrepentimiento del delincuente y la aceptación social de aquel acto de contrición, que se traduce en la liberación de su culpa.

Por su parte, la *teoría de la retribución* considera de una parte la realización del anhelo de justicia como fundamento del derecho o necesidad moral o social, y de otra, la prohibición de instrumentalizar al individuo en procura del bienestar social o común, es decir, se encuentra proscrita cualquier forma de utilitarismo penal.

Por ejemplo, para KANT el hombre es un fin en sí mismo, por lo que no puede ser instrumentalizado a través de la pena, con la finalidad de generar a la sociedad o al

delincuente una determinada utilidad, sino que su imposición se justifica por tratarse de una necesidad moral generada por el acto delictivo.

Teorías relativas

26. Las teorías relativas pretenden, a través de la pena, el cumplimiento de determinados fines como son la prevención del delito y la protección de determinados bienes jurídicos, que se derivan de las obligaciones del estado fundadas en el mantenimiento de un orden social.

Conforme a lo expuesto, la *teoría de la prevención general negativa* parte de la idea de que la pena tiene una finalidad intimidatoria, pues busca coaccionar psicológicamente a los potenciales delincuentes, de tal manera que mediante la amenaza y la ejecución posterior de la pena se logre hacer desistir la comisión de hechos punibles.

27. De otra parte, la *teoría de la prevención general positiva*, reitera su fundamento a partir del fin socialmente útil de la pena. Según JAKOBS, la pena positivamente considerada es "(...) una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada."

Así las cosas, la base de esta teoría es el respeto al orden social, que se configura como un modelo de orientación para las interacciones sociales, por lo que los hombres puedan esperar siempre, en sus relaciones con los demás, que las normas vigentes serán respetadas por sus semejantes.

28. En relación con la *teoría de la prevención especial*, esta se dirige al autor concebido individualmente. Según VON LISZT, la pena no se deduce de un criterio abstracto de justicia, sino que es sinónimo de coacción. Este criterio es bifronte, pues busca proteger los bienes jurídicos a través de la lesión de otros bienes jurídicos, bien sea de forma indirecta o psicológica (corrección o intimidación), o de manera directa y física (inocuidación).

Teorías mixtas

29. Estas teorías pretenden una explicación acerca de los fines de la pena a partir de la combinación de las teorías absolutas y las relativas. Las teorías que otorgan *preferencia a la retribución* contemplan que la pena debe perseguir simultáneamente fines retributivos, de prevención general y de prevención especial, sin embargo le otorgan a la retribución un lugar preponderante.

En otro sentido, *las que no le otorgan preferencia a la retribución* le otorgan a la pena un fin exclusivamente preventivo. ROXIN expuso su teoría unificadora aditiva, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Federal alemán, para quienes la retribución, la prevención especial y la prevención general, son fines de la pena que tienen igual rango o jerarquía.

Los fines de la pena en el Código Penal colombiano y su trascendencia constitucional

30. Los artículos 3º y 4º de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) establecen los principios de las sanciones penales así como las funciones de la pena. De esta suerte, la imposición de la pena o medida de seguridad deberá responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Sin embargo el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Por su parte, la pena cumple las funciones de: i) prevención general; ii) retribución justa; iii) prevención especial; iv) reinserción social; y, v) protección al condenado.

31. La Corte ha analizado los fines constitucionales de la pena, con especial preferencia a los fines de resocialización (preventiva especial). En efecto, en sentencia C-261 de 1996 expuso que la función resocializadora guarda una íntima relevancia con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, pues la reeducación y la reinserción social del condenado son el objetivo de los esfuerzos del Estado no solo legales sino también institucionales.

Posteriormente en sentencia C-430 de 1996, este Tribunal dijo que la pena en nuestro sistema jurídico tiene un fin preventivo, representado en el establecimiento legal de la sanción penal, un fin retributivo que se manifiesta con la imposición judicial de la pena y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, a partir de principios humanistas contenidos en la Carta y en los Tratados internacionales.

En la sentencia C-144 de 1997, la Corte manifestó que las penas tienen como finalidad la búsqueda de la resocialización del condenado, dentro del respeto por su autonomía y dignidad, puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de Social y de Derecho no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción. Esta posición jurisprudencial fue reiterada en la sentencia C-061 de 2008, que analizó la constitucionalidad de la norma que contemplaba la pena denominada "*los muros de la infamia*".

Recientemente en sentencia T-718 de 2015, este Tribunal reiteró que de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia vigentes, la educación es la base de la resocialización, puesto que la figura de la redención de la pena es la materialización de la función resocializadora de la sanción.

32. Conforme a lo expuesto, se puede concluir que la pena implica una reacción del Estado ante la infracción del ordenamiento jurídico, lo que en algunos casos es consecuencia de la pretensión de reafirmación de su facultad punitiva. Dentro de las finalidades de la pena, se encuentran diferentes teorías que intentan justificar su imposición, de una parte, las absolutas que tienden a la retribución y la prevención y de otra, aquellas que se fundamentan en la simbiosis de ambos postulados.

El Código Penal colombiano le otorga a la pena funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Por su parte, la Corte ha estudiado el fenómeno de los fines de la pena y ha admitido a la resocialización como un fin constitucionalmente válido de la pena.

Clases de penas

33. El Código Penal del año 2000 estableció las siguientes clases de penas:

i) *Principales*: son aquellas determinadas en cada tipo penal como consecuencia punitiva específica de la conducta definida como punible, es decir, el tipo penal las define como tal y se aplican de forma autónoma e independiente, sin sujetarse a otras. En esta categoría se encuentran la pena privativa de la libertad, penas pecuniarias y las privativas de otros derechos. La pena de *prisión* es una restricción al ejercicio de la libertad personal por parte de quien la padece, surgió históricamente como un triunfo contra las instituciones propias del Estado absolutista, pues significó un sustituto benéfico frente a la pena de muerte, la tortura, trabajo forzado y la esclavitud.

Por su parte, las *penas pecuniarias* están representadas por la pena de *multa*, definida como la obligación de pagar determinada cantidad de dinero, no con finalidad de resarcimiento o indemnización, sino como una consecuencia jurídica de la realización de una conducta punible que presenta las características y funciones de la sanción penal.

ii) Las *penas accesorias privativas de otros derechos* son aquellas específicamente determinadas en la Parte General del Código y entre las cuales se encuentran: i) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; ii) la pérdida del empleo o cargo público; iii) la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas; iv) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, entre otros.

Individualización de la pena privativa de la libertad

34. La dosificación punitiva en materia de privación de la libertad responde a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena, puesto que permite graduar la sanción que debe imponer la autoridad judicial competente.

En el proceso de medición de la pena, el intérprete debe tener en cuenta aquellas situaciones que modifican los límites de la pena, cuyos efectos consisten en variar los marcos punitivos, bien en su mínimo o máximo, como serían las situaciones de ira e intenso dolor. De otra parte, también debe tener en cuenta aquellas situaciones que no modifican los límites de la pena, pero le permiten al juzgador la graduación de la sanción en cada caso. Entre estas últimas se encuentran las circunstancias de menor o mayor punibilidad contenidas en los artículos 55 y 58 del Código Penal.

En el proceso de individualización de la pena, el artículo 61 del Código Penal establece:

“Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

Inciso adicionado por el artículo 3 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente: El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.”(Lo énfasis agregado).

Conforme a lo expuesto, uno de los criterios para la movilidad del intérprete en los cuartos punitivos es la presencia o ausencia de circunstancias atenuantes de la pena, entre las que se encuentra la falta de antecedentes penales. Este análisis implica una forma de valoración de la reincidencia penal del delincuente, pero no envuelve el establecimiento de una circunstancia de agravación punitiva, sino que la ausencia de antecedentes penales es una causal de atenuación de la sanción que le permite al juez dosificar la pena a imponer. En todo caso, el análisis de la existencia de condenas previas del procesado, no genera una valoración sobre su personalidad proclive al delito o su ser en sí mismo considerado, pues se trata de la verificación de una situación objetiva representada en la existencia de una condena judicial definitiva al momento de la comisión de un nuevo delito.

Frente a este aspecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 27 de mayo de 2004 (21244), manifestó:

“El concepto de antecedente penal, que recoge el artículo 55 en su numeral primero, implica la existencia de una condena judicial definitiva (artículos 248 de la Constitución Nacional, y 7° del estatuto procesal penal), al momento de la comisión del delito que se juzga, pues las circunstancias de mayor o menor punibilidad se encuentran referidas a la conducta investigada, o momento de su ejecución, no al del proferimiento del fallo.”

Posteriormente en sentencia del 18 de mayo de 2005 (21649), esa misma Corporación manifestó:

“(…) El hecho de poseer antecedentes penales no es factor constitutivo de circunstancia de mayor punibilidad. Basta leer el artículo 58 del Código Penal para arribar a tal conclusión. Y no pueden ser utilizados como enseña de una personalidad proclive al delito, porque la personalidad ya no es uno de los parámetros que permitan fijar la pena (artículo 61.3 Código Penal); y tampoco es posible inferir contra reo que si la carencia de antecedentes es causal de menor punibilidad (artículo 55 Código Penal), su presencia lo sea de mayor punibilidad.”

35. En resumen, la dosificación punitiva de la pena de prisión, comprende circunstancias que pueden modificar la pena, o aquellas que le permiten al juez graduar la pena de acuerdo los límites punitivos representados en el sistema de cuartos. Una de las causales para la ubicación en el cuarto mínimo de punibilidad es la ausencia de antecedentes penales como forma de valoración de la reincidencia penal, circunstancia de atenuación punitiva que ha sido identificada por la Corte Suprema de Justicia, como un análisis del juez para establecer su menor punibilidad, a partir de las situaciones personales del reo al momento de la ejecución de la conducta, más no de un estudio sobre la personalidad proclive al delito del mismo, pues tal situación no es un parámetro para fijar la pena conforme al artículo 61.3 del Código Penal.

En otras palabras, la presencia de antecedentes penales no es un criterio de valoración sobre la antijuridicidad, la culpabilidad o para fijar la punibilidad, pues no es un criterio de agravación de la pena privativa de la libertad, sin embargo su ausencia, es una situación de atenuación de la sanción penal.

La pena de multa en el Código Penal

36. El artículo 39 del Código Penal, establece que dicha sanción se concreta en la obligación de pagar al Tesoro Nacional una suma no mayor de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que puede presentarse cuantificada bajo dichas unidades

cuando acompaña a la pena privativa de la libertad o bajo la modalidad progresiva autónoma de unidad de multa, cuando el tipo penal se refiere a la misma, como sería el caso de delitos contra la libertad religiosa.

Conforme a lo expuesto la multa tiene dos modalidades: i) unidad de salarios mínimos legales mensuales vigentes: en la que la sanción se encuentra ligada al valor del salario mínimo legal vigente; y ii) como unidad de multa progresiva. Esta última modalidad se caracteriza por:

a) Cada unidad equivale a un número de salarios mínimos.

b) Su determinación depende de los ingresos promedio del condenado en el último año, por lo que existen diversos grados. En efecto, en el primer grado se ubican quienes hayan percibido hasta 10 S.M.L.M.V, caso en el cual una unidad multa equivale a un salario y la multa será de hasta 10 unidades multa. En el segundo grado se ubican a quienes perciben entre 10 y 50 S.M.L.M.V, la unidad de multa equivale a 10 S.M.L.M.V y la multa será hasta 10 unidades multa. En el tercer grado se encuentran quienes perciben mas de 50 S.M.L.M.V, la unidad multa será de 100 S.M.L.M.V y la multa será de hasta 10 unidades multa.

Además de lo anterior, la unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores.

La fijación de la cuantía de la multa está condicionada a: i) el daño causado con la infracción; ii) la intensidad de la culpabilidad; iii) el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo; iv) la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares; y v) las demás circunstancias que indique su posibilidad de pagar.

La unidad de multa deberá pagarse de manera íntegra e inmediata, una vez la sentencia condenatoria haya quedado en firme. Sin embargo, existe la posibilidad de pagarla a plazos, el cual no podrá ser superior a 2 años. También la multa podrá amortizarse mediante trabajo, caso en el cual una unidad de multa equivale a 15 días de trabajo.

El artículo 40 de la Ley 599 de 2000, consagra la posibilidad de convertir en arrestos de fin de semana la multa cuando no es pagada por el condenado. En estos casos cada unidad de multa impaga equivale a 5 arrestos de fin de semana.

37. En conclusión, la pena de multa tiene una innegable naturaleza pecuniaria cuya finalidad es la de destinar al Tesoro Nacional una suma de dinero que no puede ser mayor a 50000 S.M.L.M.V. Para su determinación el juez debe tener en cuenta la situación económica del delincuente, lo que le permite graduar la sanción de acuerdo a los tres niveles contenidos en la ley.

La norma establece un agravante de la unidad de multa en caso de que el procesado haya sido condenado por delito doloso o preterintencional dentro de los 10 años anteriores, que implica duplicar la unidad de multa impuesta. Esta disposición jurídica, en esta oportunidad, es objeto de estudio constitucional por parte de este Tribunal.

Aspectos generales de la reincidencia penal

38. En este capítulo la Sala analizarán los aspectos generales de la reincidencia penal, como son: i) su concepto y naturaleza jurídica; ii) las clases; iii) características; iv) elementos; v) su consagración en el derecho penal comparado y en el derecho interno.

Concepto de reincidencia penal

39. Previamente se había advertido que la reincidencia constituye una reacción social frente a la recaída en el delito materializada en el incremento de la pena. Según el diccionario de la Real Academia Española reincidencia significa: i) Reiteración de una misma culpa o defecto; o ii) Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa.

40. En resumen, la reincidencia es una recaída en el delito, por parte de quien ya había sido condenado penalmente con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos, pues agrava la pena del nuevo delito.

Naturaleza jurídica

41. El concepto de reincidencia penal expuesto previamente, advierte que la naturaleza jurídica de esta figura es la de agravar la pena impuesta al delincuente que recae en el delito, por tal motivo se trata de una causal de agravación punitiva.

Esta Corporación en sentencia C-060 de 1994, expuso que la reincidencia es una causal de agravación de la pena impuesta, debido a que *"(...) es al legislador a quien corresponde expedir los ordenamientos legales que rijan el sistema penal; en este evento, el legislador colombiano juzgó oportuno darle relieve a la reincidencia, como una forma más eficaz de desestimular conductas socialmente censurable"*.

Posteriormente en sentencia C-077 de 2006 esta Corporación expresó:

"La reincidencia es una especie de las circunstancias modificativas agravantes de responsabilidad, prevista en algunos ordenamientos penales y, más ampliamente, en algunos ordenamientos sancionatorios, en virtud de la cual se agrava la sanción impuesta al infractor cuando ha sido sancionado anteriormente por la comisión de otras infracciones."

42. Se tiene entonces que la reincidencia es una circunstancia que agrava la pena. La comprensión del término agravante puede partir desde su origen etimológico, vinculado a las acepciones latinas *circum* que significa cerca de, en torno a, alrededor de, y *stare* que significa estar. Para la Real Academia de la Lengua Española, el término circunstancia significa *"Accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho."*

Para JIMENEZ DE ASUA el concepto de circunstancia hace referencia a *"(...) todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia"*. Entonces se trata de situaciones accidentales cuya ausencia no ocasiona la falta de responsabilidad penal, pues condicionan el *quantum* de la pena más no la sanción en sí misma considerada.

Así, las circunstancias modificativas, en este caso agravantes, afectan la pena más no al delito en sí mismo considerado, puesto que se trata de *"(...) algo accesorio o accidental que únicamente repercute sobre la mayor o menor gravedad de la reacción punitiva, es decir, de simples circunstancias al fin y al cabo."*

En concordancia con lo anterior MIR PUIG expresa que “(...) la determinación de la pena pertenece a la teoría de la pena, pero no puede desvincularse de la gravedad de su principal presupuesto, el delito, y dicha gravedad ha de poder explicarse según el esquema de la teoría del delito.”

En consecuencia, la reincidencia como una forma de agravación punitiva supone un elemento accidental y accesorio a la pena y al delito en sí mismo considerado, pues no condiciona la existencia de ambos elementos dogmáticos. Además, se erige como la objetivación de una circunstancia personal actual del actor, puesto que la demostración de su ocurrencia se realiza a través de una serie de presupuestos de naturaleza objetivo-formal, más no subjetivos, puesto que se encuentra prescrita cualquier clase de exploración sobre la personalidad del reo.

Clases de reincidencia

43. La doctrina ha identificado diversas clases de reincidencia, entre las que se encuentran: i) *genérica o reiteración* para expresar la sanción penal agravada por la recaída en delitos de distinta naturaleza, previa condena ejecutoriada; ii) *específica*: que se refiere a la recaída en delitos de la misma naturaleza, entre los cuales medie sentencia previa ejecutoriada; iii) *propia o vera*: que exige para su apreciación que el autor al realizar el segundo delito hubiese cumplido total o parcialmente la pena impuesta por el anterior delito; y, iv) *impropia o ficta*: en la que no interesa si el delincuente ha cumplido total o parcialmente la pena impuesta en el delito previo.

Características de la reincidencia

44. Conforme a lo expuesto, las principales características de la reincidencia penal son las siguientes: i) *Generalidad*: pues se aplica a cualquier comportamiento punible, salvo que en determinados casos se encuentre excluida; ii) es *obligatoria*, esta característica obliga a todos los jueces a aplicarla, siempre que se encuentren acreditados los requisitos exigidos por la ley; iii) se basa en criterios *objetivos*: no obstante ser una circunstancia personal, descansa sobre criterios objetivos, pues exige la existencia de una sentencia previa en firme y la comisión de otro delito, es decir, se trata de la objetivación de una condición personal actual, a partir de la acreditación de requisitos formales y objetivos, que escapan al juicio de culpabilidad realizado por el operador judicial; iv) está sometida a *límites temporales*: existe la previsión legal de unos plazos a partir de los cuales dejan de surtir efectos las condenas anteriores; y v) es una *circunstancia de agravación de la pena*: su operancia genera el aumento de la pena para el sujeto activo del nuevo delito.

Elementos de la reincidencia

45. Los elementos de esta figura en términos generales son los siguientes: i) *condena previa*, esto es, la necesidad de comprobar la existencia previa de una condena penal por delito; ii) *sentencia en firme o ejecutoriada*: pues el pronunciamiento anterior debe estar ejecutoriado; iii) *ausencia de exigibilidad de condena cumplida*: basta la existencia de condena ejecutoriada aunque no se haya cumplido la pena; iv) *eficacia temporal de la condena previa*: en tanto que la misma no es perpetua; v) *delito actual*; vi) *sujeto reincidente*; y vii) *prueba de la reincidencia*, es decir, las circunstancias objetivas y formales que la determinan deben estar debidamente probadas.

La reincidencia en el derecho penal comparado

46. La figura de la reincidencia ha sido adoptada en diversos ordenamientos jurídicos. Para efectos del estudio que realiza en esta oportunidad la Corte, se revisará la figura en ordenamientos jurídicos europeos en especial de Alemania, Italia y España por tener orígenes jurídicos romano-germánicos. Al igual que en los ordenamientos jurídicos Latinoamericanos de Perú y Argentina.

Derecho comparado europeo

Alemania

47. El actual Código Penal Alemán (StGB) no contiene una causal general de agravación de la pena con base en la reincidencia. Sin embargo, en el pasado estaba consagrada para delitos de igual clase y solo en algunos preceptos penales de la Parte Especial del Código Penal (ej. Parágrafos 244, 250.I No. 5, 262 y 266 del viejo StGB). En el proyecto de 1962, que posteriormente se convirtió en ley, se establecía en su parágrafo 48 (parte general) una especie de reincidencia que no se limitaba a determinados delitos.

Esta disposición fue sometida al control del Tribunal Constitucional Alemán, quien en sentencia del 16 de enero de 1979, consideró la adecuación a la Carta de la norma en mención, siempre y cuando su aplicación no implicara una presunción de mayor culpabilidad del reo, y se verifique caso por caso si se le puede reprochar al reincidente que no haya considerado como advertencias las anteriores condenas.

48. Actualmente no está consagrada la reincidencia como agravante punitiva. Sin embargo, la recaída en el delito constituye un factor que se tiene en cuenta al momento de la individualización de la pena, conforme a lo consagrado en el parágrafo 46.II del StGB.

Italia

49. La reincidencia en el Código Penal italiano tiene como efecto principal el aumento de la pena a imponer al condenado, potestad que se deja a la discrecionalidad del órgano judicial. Así, el artículo 99 de su norma penal establece:

“La reincidencia

Quien, después de haber sido condenado por un delito intencional, comete otro, que puede ser sometido a un aumento de un tercio de la pena a ser impuesta por el nuevo delito cometido intencionalmente.

La pena podrá ser aumentada hasta la mitad:

- 1) si el nuevo delito intencional es de la misma naturaleza;*
- 2) si el nuevo delito doloso se ha cometido en los cinco años siguientes a una condena anterior;*
- 3) si el nuevo delito doloso se haya [sic] cometido durante o después de la ejecución de la sentencia, o durante el tiempo en que el convicto se rehúsa a la ejecución voluntaria de la sentencia.*

(...)

Si el reincidente comete otro delito no culposo, el incremento de la sentencia, en el caso mencionado en el primer párrafo, que es la mitad y, cuando así esté previsto en el segundo párrafo, es dos tercios.

Si se trata de uno de los delitos señalados en el artículo 407, apartado 2, letra a), del Código de Procedimiento Penal, el aumento de la pena de recaída en los casos contemplados en el segundo párrafo, no puede ser inferior a un tercio de la pena a ser impuesta por el nuevo delito.”

España

50. La figura de la reincidencia en España se encuentra actualmente regulada en la Parte General de la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre (Código Penal), modificada por la Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo, como una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. La consagración legal de esta figura se encuentra en el artículo 22, así:

“Artículo 22.

Son circunstancias agravantes:

1.ª Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

2.ª Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

3.ª Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

5.ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

6.ª Obrar con abuso de confianza.

7.ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

8.ª Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español” (Negrillas fuera de texto)

51. El Tribunal Supremo Español ha realizado el estudio de esta figura a través de su jurisprudencia. Así, en sentencia del 6 de abril de 1990, expresó:

“De esta manera quedan superadas todas las objeciones constitucionales formuladas contra el art. 10, 15 CP-1973. En efecto, dado que la pena no será desproporcionada respecto de la culpabilidad por el hecho, no cabe pensar en la vulneración del art. 105 CE, ya que no se puede considerar la pena adecuada a la culpabilidad ni como inhumana ni como degradante. Tampoco se habrá vulnerado el art. 25.1CE, pues, al estar la pena determinada por la gravedad de la culpabilidad del hecho cometido, no hay reiteración penal alguna fundada en otros hechos cometidos anteriormente y ya sancionados. (...) y finalmente no cabe hablar en general y en abstracto de una ficción de peligrosidad, incompatible con el art. 24.2 CE, porque ello dependerá del caso concreto y del fundamento real del pronóstico de recaída en el delito que se formule respecto de los autores, pero no afecta la compatibilidad de la reincidencia con la Constitución en abstracto, en la medida en que la agravación fundada en el art. 10.15 CP estará siempre limitada entendida de esta forma, por la gravedad de la culpabilidad.

Por todo ello, la Sala entiende que –interpretado el art. 10.15 CP-1973 de acuerdo con los principios señalados- no corresponde considerar inconstitucional la agravante de reincidencia, mientras con ella no se fundamente la aplicación de una pena superior a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho.”

52. Por su parte, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia STC 150/91, de 4 de julio, resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad formuladas por el Juzgado de Instrucción de Daroca (Zaragoza), con fundamento en que la figura de la reincidencia desconocía principios constitucionales, entre los que se encuentra el “*non bis in ídem*”. Al respecto, esa Corporación manifestó:

“(...) del propio significado del non bis in ídem se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15 CP-1973 no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se expuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar –discrecionalmente- la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o solo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados –art. 10.15 C.P.- y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una

referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan solo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio non bis in ídem.

(...)

Tampoco es aceptable el argumento de que no es conforme a la Constitución agravar la pena por hechos anteriores a la comisión del delito, que el Juez razona a partir de lo dispuesto en el art. 25.1, in fine, de la Constitución. Basta con señalar, al efecto que la exigencia del art. 25.1 CE se refiere a la vigencia, en el momento de cometerse el nuevo delito, de la norma sancionadora; por ello, lo determinante, a efectos de la adecuación a la Constitución, es que se aplique una norma reguladora de la reincidencia que esté vigente en ese momento, según la exigencia de previa lege; norma que, como se ha dicho, no sanciona hechos anteriores, sino constitutivos del nuevo delito, agravando la correspondiente pena.” (énfasis agregado)

Estas consideraciones fueron reiteradas por el Tribunal Constitucional en sentencia STC 152/92 del 10 de octubre, en la que, en relación con el cargo por violación al principio del *non bis in ídem*, afirmó:

“Ambas vulneraciones (Se refiere al principio de igualdad y del non bis in ídem) han de ser desestimadas. Para ello, y a fin de evitar innecesarias reiteraciones, basta remitirse a la doctrina sentada por este Tribunal en la STC150/91 en la que se dio respuesta a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en torno al art. 10.15 del Código Penal. En dicha sentencia ya se abordó y se desestimó que la aplicación de la agravante de reincidencia conculcase el principio de igualdad de trato de los reincidentes respecto de los que no lo son (fundamento jurídico 6º) así como la alegada contradicción entre la aplicación de la citada agravante en relación con el principio non bis in ídem (fundamento jurídico 9º). Las razones jurídicas contenidas en la Sentencia citada son perfectamente aplicables al supuesto que nos ocupa, por lo que a ellas nos remitimos para desestimar las vulneraciones aducidas en el presente recurso.”

53. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español, consideraron que la figura de la agravante por reincidencia no desconoce la Constitución, en especial el principio del *non bis in ídem*, puesto que no se vuelven a castigar los hechos anteriores que ya fueron sancionados y se encuentran amparados por la cosa juzgada. Así, de lo que se trata es de una circunstancia verificable en el delito actual y que sirve para fijar y determinar la pena a imponer.

Derecho comparado Latinoamericano

Argentina

54. La reincidencia penal esta regulada en el Código Penal de la Nación Argentina (Ley 11.179 TO 1984), especialmente en el artículo 50 y siguientes que es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 50.- Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años."

55. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentencia que resolvió el caso "L' Eveque" número 311:1451, uno de los fallos mas reiterados en relación con la figura de la reincidencia y su conformidad con el principio del *non bis in ídem*, expresó que dicha institución penal no vulnera el mencionado principio, puesto que:

"(...) la cuestión a resolver es la de saber si la restricción contenida en el art. 14 del Cód. Penal se encuentra en pugna con la prohibición de la doble persecución penal, que tiene rango constitucional (Confr. causa C. 259. XXI. 'Cesar y Antonio Karam, S.C.I.C.A. s/ contencioso administrativo de plena jurisdicción e ilegitimidad c. dec. 2423/83 del P.E.', del 24-12-87) y con la garantía de igualdad establecida en el art. 16 de la Constitución Nacional. "Que el principio 'non bis in ídem', en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena entendida esta como un dato objetivo y formal a los efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en lo que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (ver en sentido concordante 'Pace v. Alabama', 106 U.S. 583, 'Leeper v. Texas', 139 U.S. 462 y 'Moore v. Missouri', 159 U.S. 673 de la Suprema Corte de los Estados Unidos y causa V. 172. XXI, 'Valdez, E. C. y otra s/robo con armas y encubrimiento', del 21-04-88 - Rev. La Ley, t. 1998 - E, p. 205)" (negrillas fuera de texto)

56. En resumen, la reincidencia en Argentina no implica un doble juicio de conductas que desconozca el principio del *non bis in ídem*, puesto que el Legislador (sic) puede consagrar que al momento de imponer un tratamiento penitenciario por un nuevo delito, pueda tenerse en cuenta la anterior condena, como un dato actual, objetivo y formal.

Perú

57. La figura de la reincidencia había sido abolida de la normatividad penal peruana, sin embargo reapareció mediante Ley 28726 del 9 de mayo de 2006, que reformó el Código Penal en los siguientes aspectos:

"Artículo 1.- Incorpora incisos al artículo 46 del Código Penal, Incorpóranse al artículo 46 del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor:

"12. La habitualidad del agente al delito.

13. La reincidencia".

Artículo 2.- Incorpora artículos al Código Penal

Incorpóranse al Código Penal los artículos 46-B y 46-C, con el siguiente tenor:

“Artículo 46-B.- Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurra en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados.

Artículo 46-C.- Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”.

Artículo 3.- Modifica los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal. Modifícanse los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, de acuerdo a los textos siguientes:

“Artículo 48.- Concurso ideal de delitos

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

Artículo 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad. Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicada. La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, prescriben a los dos años (...)

6. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado.”

58. El Tribunal Constitucional de ese país, mediante sentencia del 19 de enero de 2007, analizó la constitucionalidad de la citada ley, en especial por la presunta vulneración del principio del *non bis in ídem*. En esta providencia, esa Corporación concluyó:

“(…) El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio ne (sic) bis in ídem, ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2050-2002-AA/TC (fundamento 2) donde señaló que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 139º, numeral 3 de la Constitución. Esta pertenencia y dotación de contenido se produce en virtud de la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

20. En la referida sentencia se sostuvo que el principio ne (sic) bis in ídem ostenta una doble configuración: una de carácter material y otra de carácter sustantivo. La primera de ellas alude a la proscripción de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones respecto a un mismo hecho o conducta sancionable; mientras que la segunda alude a la prohibición de que se una persona sea objeto de dos procesos distintos respecto a un mismo hecho. Siendo que la

reincidencia prevé la posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, corresponde centrar la atención en la primera configuración del principio materia de este apartado; esto es, la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Este Tribunal la ha desarrollado en el fundamento 3.a de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2050-2002-AA/TC antes mencionada, en los siguientes términos:

21. *En su formulación material, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.*

(...)

23. *Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio ne (sic) bis in ídem. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.*

24. *El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración– no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento– no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio ne (sic) bis in ídem.”*

59. Conforme a lo anterior, el Tribunal Constitucional del Perú no considera que la reincidencia desconozca el principio del *non bis in ídem*, puesto que la aplicación de la misma no constituye una doble sanción por un mismo hecho, pues dicha circunstancia, es decir, el hecho de haber sido sancionado previamente por un delito, simplemente se toma en consideración para efectos de la graduar la pena que se impondrá a un acto delictivo distinto y actual.

La reincidencia en Colombia

60. Además de la norma objeto de censura constitucional, el Código Penal contiene la consagración de una forma de reincidencia en el artículo 319, que establece el delito de contrabando en los siguientes términos:

ARTICULO 319. CONTRABANDO. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El que introduzca o extraiga mercancías en cuantía

superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

El que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, o las ingrese a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso anterior.

Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre mercancías en cuantía superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, se impondrá una pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

*Se tomará como circunstancias de agravación punitiva, que el sujeto activo tenga la calidad de Usuario Altamente Exportador (Altex), de un Usuario Aduanero Permanente (UAP), o de un Usuario u Operador de Confianza, de un Operador Económico Autorizado (OEA) o de cualquier operador con un régimen especial de acuerdo con la normativa aduanera vigente. **Asimismo será causal de mayor punibilidad la reincidencia del sujeto activo de la conducta**" (énfasis agregado).*

De otra parte, como se advirtió en capítulos anteriores, una especie de valoración punitiva de la reincidencia es el estudio de los antecedentes penales en la etapa de dosimetría penal, los cuales surgen como atenuantes punitivos, y no constituyen una valoración sobre la personalidad del delincuente, como lo manifestó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

61. De la misma manera, en otros ordenamientos jurídicos como el Código Penitenciario y Carcelario (artículos 63, 128, 147); Estatuto General del Transporte (artículos 48 literal e, 49 literal e); Código Nacional de Transporte Terrestre (artículos 26 numerales 4º y 5º, 124, 131, 152, 154); el Código de Policía (artículos 108L, 158, 189, 206, 214, y 28 del Título IV adicionado por el artículo 11 del Decreto 522 de 1971), Ley 734 de 2002 (artículo 47), entre otros, se han establecido figuras sancionatorias en las que se valora la reincidencia como agravante punitivo.

62. La Corte ha analizado la figura de la reincidencia en distintos ordenamientos jurídicos, que tienen como elemento común el ejercicio de la facultad sancionatoria del Estado (*ius puniendi*). A continuación se exponen los más relevantes.

En sentencia C-060 de 1994, esta Corporación analizó la figura de la reincidencia en las faltas disciplinarias contenidas en el Decreto 196 de 1971. En aquella ocasión dijo:

"En el caso sometido a estudio, se tiene que es al legislador a quien corresponde expedir los ordenamientos legales que rijan el sistema penal; en este evento, el legislador colombiano juzgó oportuno darle relieve a la reincidencia, como una forma más eficaz de desestimular conductas socialmente censurables (...). Dado que la Carta Política no contiene disposición alguna sobre la reincidencia, bien puede incluirse o no esta figura jurídica en los distintos estatutos sancionatorios, sin contrariar la Ley Suprema, pues, en esa materia, la Carta no se encuentra matriculada en ningún sistema doctrinal."

Posteriormente, en sentencia C-062 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 63 del Decreto 522 de 1971, que establecía el aumento de la sanción por recaída en tipos contravencionales. En aquella ocasión adujo: i) la inexistencia de prohibición constitucional para su consagración legal; ii) la reincidencia no configura una sanción impuesta a la simple personalidad del agente, es decir, por la simple posibilidad de cometer una infracción; y iii) la agravación punitiva se fundamenta como una manera de prevenir a quien fue condenado por la comisión de una contravención para que no cometa otra, mas no de un doble juzgamiento por la misma conducta, que se tratan de nuevos hechos cometidos por el mismo infractor.

En sentencia C-370 de 2006, este Tribunal al analizar una norma de la Ley 975 de 2005, que establecía el compromiso que adquiriría el beneficiario de la pena alternativa durante el período de libertad a prueba consiste en “no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley”, consideró que tal disposición era inconstitucional al desconocer el valor justicia y los derechos de las víctimas de no repetición.

A continuación, en la sentencia C-425 de 2008, se declararon ajustados a la Carta los efectos de la reincidencia sobre los beneficios y subrogados penales. En esta oportunidad, la Corte consideró que la mencionada figura no desconocía el *non bis in idem*, pues su análisis no configuraba un doble juzgamiento por los mismos hechos. Además, la consagración normativa de esta institución penal, encuentra su fundamento en la libertad de configuración del Legislador (sic).

63. De lo anteriormente expuesto, se pueden identificar los siguientes rasgos identificadores de la figura de la reincidencia en general:

- i) Se trata de una causal de agravación punitiva, por lo que se ubica en la determinación de la punibilidad de la conducta, más no en el estudio de la culpabilidad.
- ii) No se realizan juicios sobre la personalidad del sujeto activo, sino que se basa en elementos objetivos y formales, como es la verificación de condena previa.
- iii) La Constitución no prohíbe al Legislador la consagración punitiva de la figura de la reincidencia, por lo que se reconoce un amplio margen de configuración normativa en la materia, con los límites que la Carta le impone.
- iv) La regulación legal de la reincidencia no desconoce el principio del *non bis in idem*, porque no se realiza un nuevo juicio de responsabilidad ni de punibilidad por un hecho que ya fue objeto de sentencia judicial, pues la valoración de la misma implica un análisis punitivo que se realiza a partir del delito actual y no del anterior que ya fue juzgado.
- v) No establece un régimen de responsabilidad objetiva, puesto que se trata de una circunstancia que agrava la pena impuesta, no de una situación que determina la culpabilidad, pues se reitera, no se realiza un juicio sobre la personalidad del autor.

Libre configuración normativa del Legislador en materia de establecimiento de normas penales y de agravantes punitivos

64. Previamente se advirtió que el derecho penal es la expresión de la política criminal del Estado, cuya definición con base en el principio democrático y en la soberanía popular

(artículos 1° y 3° C.P.), le corresponde de manera exclusiva al Legislador (sic). A su vez los artículos 114 y 150 de la Carta, le otorgan al Congreso de la República la función de “*hacer las leyes*” y de expedir y reformar los Códigos en todas las ramas de la legislación.

65. En el ámbito penal, el Legislador goza de un amplio margen para determinar el contenido concreto del derecho punitivo. De tal suerte que en ejercicio de esta competencia le corresponde determinar: i) las conductas punibles; ii) el *quantum* de las penas correspondientes; y iii) las circunstancias que las disminuyen o aumentan. En ese orden de ideas, la Corte ha establecido que:

“(...) el legislador puede entonces adoptar diversas decisiones, como las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, entre otros, siempre y cuando con ello no comprometa la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución.”

66. No obstante lo anterior, dichas facultades no son absolutas, pues encuentran como límites la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, lo que hace que el margen de configuración del Legislador (sic) esté sometido al contenido material de los derechos fundamentales y al de los derechos humanos consagrados en la Carta y en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia.

Este Tribunal en sentencia C-365 de 2012, sistematizó los límites constitucionales del libre margen de configuración del Legislador en materia penal, sin pretensión de definición exhaustiva, los cuales se sintetizan a continuación:

i) *Principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del derecho penal*: para esta Corporación, el derecho penal se enmarca dentro del principio de mínima intervención, conforme al cual el *ius puniendi* debe operar solamente cuando las demás alternativas de control han fallado. No existe obligación para el Estado de sancionar penalmente todas las conductas reprochables. Por ello *“(...) la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad.”*

ii) *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*: es decir, de valores esenciales de la sociedad. El derecho penal implica una valoración social de aquellos bienes jurídicos que ameriten protección penal, las conductas reprochables que puedan lesionar tales intereses, los elementos para establecer la responsabilidad al sujeto activo y el *quantum* de la pena aplicable.

En ese orden de ideas, no existe una obligación constitucional de criminalizar determinadas conductas con la finalidad de proteger bienes jurídicos específicos. De tal suerte que *“La opción de criminalizar una conducta, en aquellos eventos en que no está constitucionalmente impuesta o excluida, implica que el legislador ha considerado que para*

la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante su efecto limitativo de la libertad personal. Sin embargo, en el Estado de Derecho, a esa solución sólo puede llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre que la pena resulte estrictamente necesaria.”

iii) *Principio de legalidad*: El deber de observar el principio de legalidad tiene 3 dimensiones: i) reserva de ley en sentido material, puesto que la creación de los tipos penales es una competencia exclusiva del Legislador (sic); ii) la definición de la conducta punible y su sanción de manera clara, precisa e inequívoca; y iii) la irretroactividad de las leyes penales, salvo su aplicación favorable.

iv) *Principio de culpabilidad*: Conforme al artículo 29 Superior, el derecho penal en Colombia es de acto y no de autor, lo que implica que de acuerdo con el postulado del Estado Social de Derecho y el respeto de la dignidad de la persona humana “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.*”.

v) *Principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal*: De acuerdo a (sic) los cuales deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. En ese orden de ideas, la Corte ha manifestado que si bien existe un margen amplio de configuración normativa del Legislador (sic), la misma se encuentra limitada particularmente por los principios de racionalidad y proporcionalidad. En ese sentido: “*Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales.*”.

vi) *Bloque de constitucionalidad y otras normas constitucionales*: Las cuales deben ser observadas al momento de la redacción de las normas penales, puesto que: “*Además de los límites explícitos, fijados directamente desde la Carta Política, y los implícitos, relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en la Carta, la actividad del Legislador (sic) está condicionada a una serie de normas y principios que, pese a no estar consagrados en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración, en la medida en que la propia Constitución les otorga especial fuerza jurídica por medio de las cláusulas de recepción consagradas en los artículos 93, 94, 44 y 53. Son éstas las normas que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad.*”.

Libertad de configuración normativa en la determinación de las causales de agravación y atenuación

67. Dentro del proceso de creación de normas penales que realiza el Legislador (sic) en ejercicio de libertad de configuración normativa, uno de los aspectos más relevantes es la determinación de la pena aplicable a cada delito, puesto que dicha facultad debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Así las cosas, la dosimetría penal es un asunto librado a la definición legal, pero limitado por los principios mencionados porque: “(...) la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos”.

68. Lo anterior exige que el establecimiento de las penas aplicables a las conductas reprochables, deban atender a criterios objetivos tales como la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y el orden social, entre otros. En ese orden de ideas, este Tribunal ha manifestado que:

“El ámbito de control en esta sede, se reduce entonces a realizar un juicio de proporcionalidad respecto del ejercicio de la potestad de configuración del Legislador en materia punitiva. Sobre el punto, la jurisprudencia constitucional ha deducido el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”, de los artículos 1° (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales). La Corte ha concluido entonces que “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”. Igualmente la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando “se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”.

69. En conclusión, el Legislador cuenta con un amplio margen de libertad de configuración normativa en materia penal, así como para establecer las penas, la forma de dosificarlas, sus agravantes y atenuantes. No obstante lo anterior, su facultad no es absoluta, pues encuentra límites constitucionales como son los principios de necesidad, de la exclusiva protección de bienes jurídicos, de legalidad, de culpabilidad, de razonabilidad y proporcionalidad, así como las normas constitucionales y aquellas que forman el bloque de constitucionalidad, entre otros.

El principio del *non bis in ídem* como referente material del control de constitucionalidad de normas penales. Límites a la libertad de configuración del Legislador (sic)

70. El principio del *non bis in ídem* se encuentra consagrado en el numeral 4° del artículo 29 Superior, según el cual “(...) Quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Este principio se conoce por la jurisprudencia de esta Corte como la prohibición de doble incriminación, la cual tiene una estrecha relación con la institución de la cosa juzgada.

71. La consagración internacional de este instrumento se encuentra en el artículo 14-7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968, que establece *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”*. En ese mismo sentido, el artículo 8-4 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22 de noviembre de 1969 y aprobado mediante la Ley 16 de 1972, según el cual *“(…) el inculpado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”*

72. Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de marzo de 2007. Proceso No. 25629, expresó que este principio comprende los siguientes elementos:

“Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.

“Dos. De una misma circunstancia no se pueden extraer dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

“Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.

“Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.

“Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina non bis in ídem material”.

73. Esta Corporación en sentencia T-537 de 2002, sostuvo que el principio del *non bis in ídem* se fundamenta en la seguridad jurídica y la justicia material, pues cualquier persona cuenta con la seguridad que las condenas definitivas y anteriores realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de nuevos debates judiciales.

74. Ahora bien, en relación con el universo de aplicación del citado principio, la Corte ha expresado que no se encuentra delimitado por las disposiciones penales, pues este forma parte del derecho al debido proceso sancionador, por tal razón se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas, es decir, a todo el universo del derecho sancionatorio.

75. De otra parte, este principio tiene la dimensión de derecho fundamental y de aplicación directa e inmediata, pues tiene como finalidad:

“(…) evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, éste (sic) principio no se

circunscribe a preservar la cosa juzgada sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea “juzgado dos veces por el mismo hecho.”

El principio non bis in ídem no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y absuelta vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta. También es un derecho fundamental que el legislador debe respetar. Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos. Dicha permisión puede materializarse de diferentes formas, todas contrarias a la Constitución. De tal manera que la única forma en que el legislador viola dicho principio no se contrae a la autorización grosera de que quien hubiere sido absuelto en un juicio penal puede volver a ser juzgado exactamente por la misma conducta ante otro juez nacional cuando un fiscal así lo solicite, mediante una acusación fundada en el mismo expediente. El principio non bis in ídem, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción.” (énfasis agregado)

76. Frente a este último aspecto, es decir, al límite que este principio le impone al Legislador (sic), esta Corporación en sentencia C-464 de 2014, expresó que el principio del *non bis in ídem* tiene dos dimensiones: i) procedimental (concepción tradicional); y, ii) material, pues contiene una garantía constitucional sustancial, de aplicación en todo el ordenamiento jurídico en el cual exista la potestad sancionatoria, de tal suerte que sirve de norma de referencia para el control de constitucionalidad que ejerce esta Corte ante “(...) errores de técnica legislativa que conducen en el plano teórico a futuras violaciones constitucionales.”.

Así, este Tribunal adujo:“(...) la violación al principio constitucional de *non bis in ídem* no solamente procede de manera práctica ante juzgamientos que derivan en sentencias definitivas, amparadas por la cosa juzgada, también puede evidenciarse y prevenirse por el máximo Tribunal Constitucional, por errores de técnica legislativa que conducen en el plano teórico a futuras violaciones constitucionales.”.

77. De otro lado, esta Corporación ha decantado los supuestos de aplicación del principio del *non bis in ídem*, los cuales deben atender a tres identidades: i) de sujeto; ii) de objeto; y, iii) de causa. Así las cosas, la Corte en sentencia C-244 de 1996 dijo:

“Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.

“La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

“La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

“La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos.””

78. Conforme a lo expuesto, el *non bis in ídem* contempla tres facetas: i) es un principio que prohíbe a las autoridades judiciales que una persona ya juzgada o absuelta sea nuevamente investigada, juzgada y condenada por la misma conducta; ii) es un derecho fundamental de aplicación directa e inmediata, que evita que una persona permanezca en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad jurídica, frente a las conductas que ya fueron objeto de decisión judicial y por las cuales nuevamente se pretende ser juzgada y sancionada; y iii) como un límite al Legislador (sic), pues no puede expedir normas que desconozcan este derecho al permitir que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por el mismo hecho, es decir autorice a las autoridades que actúen de forma grosera, al volver a juzgar a una persona por la misma conducta por la cual otra autoridad ya se pronunció, con lo que se busca prevenir la violación futura de derechos fundamentales.

A continuación procede la Corte a realizar el estudio de constitucionalidad de la norma demandada.

Análisis de la constitucionalidad de la norma demandada

Recapitulación

79. La demanda que conoce la Corte en esta oportunidad cuestiona la constitucionalidad parcial del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, en el sentido de que la pena de unidad de multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los 10 años anteriores.

El actor fundamentó el concepto de violación del único cargo admitido por la Corte, en que la norma censurada desconoce el principio del *non bis in ídem* al habilitar una doble valoración del delito cometido de forma precedente al delito sancionado con pena de multa, de tal suerte que se le juzga dos veces respecto de una conducta que ya fue objeto de pronunciamiento judicial. Por estas razones, solicita a la Corte la declaratoria de inexecutable de la disposición acusada.

Algunos de los intervinientes manifestaron que las normas demandadas deben declararse exequibles, con sustento en que: i) al Legislador (sic) le asiste libertad de configuración normativa para configurar las conductas consideradas como delitos y su forma de sanción; y ii) no concurren en este caso los tres elementos definidos por la jurisprudencia de la Corte para determinar la vulneración del principio *non bis in ídem* que son la identidad de sujeto, objeto y causa.

De otra parte, para las Universidades Javeriana y de Ibagué, la disposición acusada debe ser declarada inexecutable con fundamento en la presunta violación del principio *non bis in ídem*, puesto que el aumento de la pena de multa obedece a la valoración de conductas delictuales anteriores al delito que actualmente se juzga.

La Procuraduría General de la Nación solicitó la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada, porque: i) Existe autorización constitucional para establecer la reincidencia como causal de agravación, según la sentencia C-060 de 1994; ii) el Legislador (sic) tiene amplia facultad para establecer normas de carácter penal; y iii) la medida tiene una finalidad constitucional válida al reprochar a quien insiste en violentar el orden jurídico y la convivencia pacífica, pues se erige como una herramienta idónea para salvaguardar la seguridad y tranquilidad de la comunidad de aquellos perturbadores sociales.

Análisis del contenido jurídico de la norma demandada

80. La disposición bajo estudio de la Corte se encuentra ubicada en el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, el cual reformó el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, que regula la pena de multa en el proceso penal y las reglas para su aplicación.

Así las cosas, el numeral 1° del mencionado artículo establece las clases de multa que pueden ser impuestas en el proceso penal, la cual puede aparecer como accesoria a la pena de prisión, o en la modalidad progresiva de unidad de multa, es decir de manera principal o cuando es accesoria y el tipo penal no establece de manera expresa el monto, su dosificación se hace a través del sistema de unidad de multa. El numeral 2° contiene los grados de unidad de multa, entre los que se cuentan: primer grado, segundo grado y tercer grado. Los numerales 3°, 4°, 5°, 6°, y 7° consagran figuras como la determinación, acumulación, pago, amortización a plazos y amortización mediante trabajo, respectivamente.

81. En el numeral 2° sobre la graduación de la pena se encuentra ubicada la disposición jurídica objeto de censura, la cual establece que: *“La unidad de multa se duplicará en aquellos casos en la persona haya sido condenada por el delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores.”*, de la cual se deduce: i) se trata de un agravante de la pena de multa cuya finalidad es duplicar la unidad de multa; ii) tiene naturaleza pecuniaria; iii) su fundamento es la reincidencia del actor en delitos por los que haya sido condenado previamente a título de dolo o preterintención; y, iv) es temporal, pues solo aplica para aquellos delitos objeto de condena dentro de los 10 años anteriores al delito que actualmente se juzga.

Con fundamento en este primer acercamiento sobre el contenido de la disposición jurídica demandada, procede la Sala a formular el problema jurídico a resolver en el presente asunto.

82. Conforme al contenido de la disposición acusada y a las consideraciones generales expuestas previamente, para la Sala la norma demandada presenta los siguientes caracteres relevantes:

i) *Es una expresión de la libertad de configuración normativa del Legislador (sic)*: puesto que se trata de una norma penal que contiene un agravante de la pena de multa, en la que se duplica la unidad de multa en aquellos casos en los que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional, dentro de los 10 años anteriores.

ii) *Es de naturaleza pecuniaria*: pues tiene como finalidad duplicar la unidad multa que determina la pena de multa, de ahí que no tenga una afectación directa en el derecho fundamental a la libertad personal.

iii) *Se trata de un agravante punitivo con base en el concepto de reincidencia*: En efecto, el fundamento de la agravación de la pena de multa es la reincidencia penal del procesado. En ese orden de ideas, es claro para la Sala que en este caso, el Legislador (sic) estableció una reacción punitiva mayor para aquellas personas que han recaído nuevamente en el delito.

Esta forma de reincidencia presenta los siguientes elementos identificadores:

a) Es una reincidencia que la doctrina ha caracterizado como genérica, pues la aplicación de la sanción penal no exige un supuesto de identidad de delitos o de bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, para la Sala si bien no existe la mencionada

identidad típica, su aplicación esta limitada a dos tipos de culpabilidad penal, pues solo deberán tenerse en cuenta aquellos delitos cometidos a título de dolo o preterintención.

b) Se trata de una reincidencia impropia o *ficta*, pues para su aplicación no se exige que el procesado haya cumplido la condena impuesta previamente.

c) Está sometida al concepto de temporalidad, ya que se limita a verificar aquellas condenas producidas dentro de los 10 años anteriores a la nueva condena, por lo que no se trata de una situación imprescriptible, que impida el derecho al olvido del delincuente.

d) Es claro que para su aplicación, la sentencia anterior que contiene la condena, debe estar debidamente ejecutoriada y haber hecho tránsito a cosa juzgada.

e) Es de aplicación obligatoria por todos los jueces, una vez han concurrido los elementos normativos formales y objetivos para imposición.

iv) *El Legislador (sic) ubicó esta figura de la reincidencia en la punibilidad*: lo que significa en la práctica que su aplicación dentro del proceso penal desde el punto de vista dogmático, solo surge una vez se ha establecido que la conducta delictual actual es típica, antijurídica y culpable, es decir, la reincidencia en este caso no constituye un parámetro de análisis sobre la culpabilidad del sujeto activo, pues se reitera, su imposición, por mandato legal, aparece solo en el escenario de la punibilidad y una vez se ha realizado la dosificación de la pena de multa.

v) Conforme a lo anterior, la aplicación obligatoria de *esta causal de agravación no constituye una forma de responsabilidad objetiva*: puesto que su imposición no tiene injerencia en el juicio de culpabilidad que debe adelantar el operador jurídico penal, el cual está sometido a la valoración de la nueva conducta delictual conforme a la descripción típica contenida en la norma, esto es, la forma de la acción del sujeto activo bien por dolo, culpa o preterintención.

vi) Esta forma de reincidencia se basa en la *objetivización de una circunstancia personal actual del sujeto activo al momento de cometer el nuevo delito*: toda vez que en su verificación, no se hacen juicios subjetivos del delincuente, es decir, sobre su personalidad o la forma en que conduce su vida, sino que, el análisis realizado se fundamenta en aspectos objetivo-formales actuales, pues se reduce a la verificación de una condena previa por delito doloso o preterintencional dentro de un margen de tiempo. En consecuencia, se está frente a una circunstancia personal, objetiva y actual del delincuente, la cual es haber sido condenado previamente, y encontrarse en dicha condición al momento de reincidir en el delito.

vii) Esta forma de agravación punitiva *efectiviza los fines de prevención general y de resocialización que deben tener las sanciones penales*: en efecto, la sanción de la reincidencia y su finalidad puede enmarcarse dentro de la prevención general tanto negativa y positiva, y de manera especial la prevención especial materializada en el anhelo de resocialización del delincuente.

Frente a este último aspecto, considera la Sala necesario realizar las siguientes precisiones: una visión unidireccional de la finalidad resocializadora de la pena negaría todo objetivo de reinserción social a una sanción fundada en la reincidencia, pues *a priori* e intuitivamente

se llegaría a la conclusión relativa de que el origen mismo de la recaída en el delito es el fracaso de las medidas estatales tendientes a la rehabilitación social del delincuente. Sin embargo, esta posición argumentativa no consulta la realidad de la función resocializadora de la pena, pues la misma no impone deberes unilaterales solamente en cabeza del Estado, sino que implica una serie de obligaciones de doble vía en los que necesariamente participa el delincuente que es objeto de sanción.

Conforme a lo expuesto, la función resocializadora de la pena no se agota en los esfuerzos estatales por lograr la resocialización del delincuente, sino que también implica la participación de aquel, a través de la asunción de compromisos personales y sociales que permitan materializar su rehabilitación en la vida en sociedad, es decir, el condenado penal no es un convidado de piedra en el cumplimiento de los objetivos de la pena impuesta, pues está en la obligación de asumir una actitud activa en su proceso de rehabilitación.

Una actitud diferente por parte del sentenciado en la que prime su falta de compromiso y de obligaciones para su rehabilitación, tornaría nugatorio cualquier esfuerzo estatal para su resocialización e implicaría un costo social muy alto en términos de bienestar y convivencia pacífica, por lo que tal medida de agravación punitiva se justifica a partir del fin resocializador de la pena.

Realizadas las anteriores precisiones, procede la Corte a verificar si la disposición demandada es inconstitucional por desconocer el principio del *non bis in ídem*.

La disposición jurídica demandada contenida en el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011 no desconoce el principio de *non bis in ídem*

83. Tal y como se expuso precedentemente, el Legislador (sic) cuenta con una amplia libertad de configuración normativa en materia de derecho penal y en especial para establecer atenuantes y agravantes punitivos. Sin embargo, dicha facultad no es absoluta, pues encuentra límites constitucionales. Esta Corporación ha establecido que el principio de *non bis in ídem*, tiene una dimensión material que constituye una garantía constitucional sustancial que le impone al Legislador (sic) la obligación de no expedir normas que puedan implicar futuras violaciones de derechos fundamentales, como sería el doble juzgamiento de una persona por un mismo hecho.

84. Para verificar la violación del mencionado principio, este Tribunal ha decantado los elementos concurrentes que deben ser tenidos en cuenta para el referido el estudio, a saber:

i) *Identidad de sujeto*: esto es que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de índole penal.

ii) *Identidad de objeto*: es decir, sobre el hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal, es decir, debe existir correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

iii) *Identidad de causa*, puesto que el motivo de inicio del proceso penal debe ser el mismo en ambos casos.

85. Al aplicar estos elementos a la norma objeto de control de constitucionalidad, encuentra la Sala que los mismos no concurren, como pasa a verse a continuación:

i) *Identidad de sujeto*: este elemento está presente en la norma objeto de estudio, en el entendido de que el procesado por el delito actual es reincidente en la comisión de delitos dolosos o preterintencionales con anterioridad.

No obstante lo anterior, *no concurren* ii) *la identidad de objeto*; ni, iii) *la identidad de causa*. En efecto, la norma demandada no prevé un doble juzgamiento de los mismos hechos, ni la promoción de la investigación penal a partir de los motivos idénticos. El supuesto de aplicación de la disposición normativa es la comisión de un hecho nuevo distinto a los que ya fueron objeto de sanción penal. De hecho, la aplicación del agravante punitivo se hace a un nuevo delito que es actual y diferente, por lo que no existe identidad en el objeto ni en la causa en los dos juzgamientos.

Lo anterior se deduce igualmente de la característica objetiva de la reincidencia contenida en la norma demandada, puesto que la verificación de la recaída en el delito para efectos de la punibilidad, se hace a partir de criterios formales que constituyen la objetivización de una circunstancia personal y actual del procesado al momento de cometer el nuevo delito, por lo que no se hace una nueva revisión de los hechos ni de las penas que ya fueron sancionadas y se encuentran amparadas por la cosa juzgada.

En este punto, reitera la Sala la jurisprudencia de esta Corporación sobre la reincidencia, que ha sido previamente analizada y que gravita en torno a: i) inexistencia de prohibición constitucional sobre su consagración penal; ii) libre configuración normativa del Legislador (sic); y iii) es una forma de agravación punitiva que se aplica a la nueva conducta, más no implica la revisión de hechos y penas sancionados previamente, ni de la personalidad, ni la forma de conducir la vida del delincuente. Aunado a lo anterior, el Legislador (sic) la ubicó en el escenario de la punibilidad.

Así, del estudio dogmático penal constitucionalizado realizado por la Sala, en el que se analizó la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad a partir de los postulados de la Carta, encuentra este Tribunal que se justifica válidamente que la figura de la reincidencia penal que en esta oportunidad estudia la Corte, sea una circunstancia de agravación de la pena de multa, es decir se ubique en el elemento dogmático de la punibilidad, puesto que así lo dispuso el Legislador, en el que no se hacen juicios sobre la responsabilidad del delincuente (culpabilidad), sino que se realiza la dosimetría de la pena que se impone al procesado, sin que la misma determine la existencia de la sanción ni del delito mismo, pues como se expuso, se trata de un elemento accidental y accesorio a la pena.

86. En resumen, la disposición jurídica no infringe el principio del *non bis in ídem* y se constituye en una medida de agravación punitiva que no se torna irrazonable, ya que la labor del juez al aplicar la norma que contiene el agravante punitivo, examina el nuevo delito, sin realizar valoraciones de la sentencia precedente que dan cuenta de la reincidencia del sujeto activo actual. Es claro que el juez penal, no realiza un nuevo juicio a los hechos precedentes, ni a la suficiencia de la pena impuesta anteriormente, pues en este caso la certeza legal está protegida por el principio de cosa juzgada. Esta situación tiene justificación constitucional, pues consulta el fin preventivo y resocializador de la pena, entendido este último como el establecimiento de obligaciones de doble vía. El medio utilizado no desconoce el principio del *non bis in ídem*, como quedó expuesto, pues la norma demandada es un agravante punitivo que no incide en la culpabilidad, ni exige verificaciones de hechos juzgados para su aplicación, de tal suerte que existe correspondencia constitucional entre el medio y el fin.

Por estas razones, la Corte declarará la exequibilidad de la norma demandada, con fundamento en el cargo por la violación del principio de *non bis in ídem*.

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE, por el único cargo analizado en esta sentencia, la expresión “*La unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores.*”, contenida en el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 39 de la Ley 599 de 2000 [...].

Comentario

Sobre aspectos de forma y algunas imprecisiones en el fallo.

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

Determinar si ¿al establecer la duplicación de la unidad de multa (agravante) por reincidencia en delitos dolosos y preterintencionales condenados dentro de los 10 años anteriores a la comisión del nuevo delito, el Legislador (sic) vulneró el principio constitucional del *non bis in ídem*, al presuntamente establecer la posibilidad de una doble sanción penal a una persona por una conducta punible juzgada y sancionada previamente?

De manera que la discusión planteada en la demanda y en las intervenciones dentro del proceso de revisión de la constitucionalidad de la norma impugnada, era la del establecimiento de la reincidencia como causal de agravación de la pena de multa y si ello representaba –o no– un doble juicio respecto de unos mismos hechos y una misma persona, y, por ende, contrariaba la Constitución Nacional que erige el *non bis in ídem* como derecho fundamental. Dispone el artículo 29.3 de la Constitución Nacional: “Quien sea sindicado tiene derecho... a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Si esta fue la cuestión, resulta innecesario el repaso que la Corte hace a la teoría del delito, pues, para arribar a la conclusión a la que al final se llegó (la exequibilidad de la norma), resultaba suficiente afirmar que esta disposición no abre la puerta para un nuevo juicio de valor respecto de un hecho por el que la persona ya fue condenada, en tanto que se trata de unos nuevos hechos y de una nueva causa, siendo sí, la misma persona, pero por una situación de hecho diferente a la que originó la primera condena. En este sentido, es claro que la disposición que establece un incremento de la pena por la reincidencia del sujeto, no desconoce el principio del *non bis in ídem* por tratarse de hechos distintos y en diferente causa.

En efecto, nótese como la disposición establece un aumento de la sanción penal –en este caso, la multa– cuando la persona que se va a sentenciar por un delito ya ha sido condenada por otros hechos y en otra causa, de manera que el ciudadano no resulta juzgado dos veces por los mismos hechos. Sin embargo, el análisis de

toda la estructura dogmática del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y pena), que se justifica por cuanto de la misma –se indica– depende la solución del problema de la reincidencia como causal de agravación en un nuevo delito, es un asunto que –desde la forma– no encuentra lugar en el fallo materia de análisis, dado que esta argumentación se justifica desde el inicio por su utilidad para solucionar el problema jurídico planteado, pero, al final, la cuestión se resuelve por una vía argumentativa diferente a aquella por la que transcurre el proveído, esto es, estableciendo si hay una infracción al *non bis in idem* o no. Basta recordar lo afirmado por la Corte Constitucional, para entender lo dicho: “...el análisis de constitucionalidad está condicionado al lugar de ubicación de la reincidencia en cualquiera de los elementos de la dogmática penal...”.

Pese a realizar un extenso análisis sobre las categorías del delito, no se encuentra una argumentación en la postura de la Corte Constitucional en punto de la ubicación de la reincidencia dentro de la estructura del delito y cómo afecta ello la constitucionalidad del precepto, asunto con el que se justifica todo este extenso análisis, despachando la problemática –conclusión esta sin mayor explicación– al afirmar que es algo susceptible de debatirse en sede de punibilidad, sin un sustento para encontrar esta afirmación como correcta o para desechar las demás alternativas, esto es, si la reincidencia es un asunto de tipicidad, de antijuridicidad o de culpabilidad. En efecto, afirma la Corte Constitucional, sin argumentación alguna que:

[...]encuentra este Tribunal que se justifica válidamente que la figura de la reincidencia penal que en esta oportunidad estudia la Corte, sea una circunstancia de agravación de la pena de multa, es decir se ubique en el elemento dogmático de la punibilidad, puesto que así lo dispuso el Legislador....

Así, desde el punto de vista formal, el debate planteado de si la reincidencia – como criterio de agravación de la sanción– vulnera o no el principio del *non bis in idem*, permitía alcanzar la misma solución a la que se llegó, en teoría correcta, en punto de esta exclusiva discusión, pero el análisis hecho al inicio del fallo, respecto de todos los elementos dogmáticos del delito, no tuvo incidencia alguna en la conclusión, lo que representa un defecto argumentativo y demuestra que era innecesario. Sin perjuicio de que lo expuesto representa de suyo un defecto argumentativo, la realidad es que la fundamentación realizada adolece de graves defectos teóricos por la falencia ya mencionada que, por fortuna, no tuvieron incidencia en la conclusión, pero que no por ello deben pasar inadvertidos:

De un lado, señalar que la tipicidad se agota principalmente en elementos objetivos, cuando es evidente que, en la legislación penal colombiana, encontramos un tipo complejo conformado por aspectos objetivos, que son los indicados en el fallo, y subjetivos como el dolo, la culpa y la preterintención (Agudelo, 2004). En el fallo, de manera errónea, se habla de un tipo sobre todo objetivo que permite la concurrencia de ingredientes subjetivos; en efecto, señala la Corte Constitucional en la sentencia materia de análisis: “tipo penal, conformado por elementos que definen

la tipicidad de una conducta punible, los cuales son: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, la conducta en si (sic) misma y los ingredientes normativos y subjetivos, así como la consagración de la pena...”.

De otro lado, incluir la imputación subjetiva dentro de la antijuridicidad por la vía del desvalor de acción (“el desvalor de la acción con fundamento en el conocimiento de los hechos típicos dolosos o de la infracción al deber de cuidado en los delitos culposos”), lo que genera el “injusto típico” y de la culpabilidad por la vía de señalar que el dolo, la culpa o la preterintención forman parte de esta categoría dogmática

[...]la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto...

Está visto que, en el Código Penal colombiano, el injusto penal (que la Corte Constitucional confunde con la antijuridicidad, que es apenas uno de sus componentes) está conformado por el desvalor de resultado, elemento fundante de la antijuridicidad material, y por el desvalor de acto como elemento acompañante, cuya ubicación dogmática está a nivel del tipo penal (Gómez, 2000, pp. 73 y ss.).

La reincidencia como causal de agravación frente al principio del acto.

Definida y caracterizada la reincidencia como lo realiza la Corte Constitucional (es “[...] una recaída en el delito, por parte de quien ya había sido condenado penalmente con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos, pues agrava la pena del nuevo delito...”), lo pertinente es determinar si la misma es admisible en el derecho penal colombiano. En el fallo materia de análisis, ello se responde de manera afirmativa, para indicar que no desconoce el principio constitucional del *non bis in idem*:

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

Como de forma acertada lo resuelve la Corte Constitucional, el establecer una agravante por cuenta de una condena previa por otro delito no desconoce la garantía fundamental a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, dado que el principio del *non bis in idem* impide el que una persona sea juzgada dos veces por un mismo hecho, por lo cual sus elementos son la identidad de sujeto (el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de índole penal), la identidad de objeto (correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza) y la identidad de causa (el motivo de inicio del proceso penal debe ser el mismo en ambos casos) (Corte Constitucional, Sentencias

C-365 de 2012; C-244 de 1996 y T-537 de 2002 y Corte Suprema de Justicia, Sentencia 25.629 de 2007). Como puede observarse, dentro de la problemática que aborda el proveído materia de estudio, el establecer una agravante punitiva por una condena previa en otro proceso, por otros hechos, no permite afirmar la identidad fáctica, elemento que conforma el principio del *non bis in idem*, razón por la cual la solución que se da es acertada en punto de esta controversia.

Sin embargo, el derecho penal colombiano dio un viraje radical a partir de la reforma de 1980, en tanto que desde entonces se asume el principio del acto –denominado por Ferrajoli (2001, p. 481) de exterioridad de la acción–, para superar el positivismo que inspiraba el ordenamiento penal del año 1936; por ello, “no se sanciona al individuo porque sea peligroso, sino exclusivamente en cuanto es culpable...en cuanto ha realizado un comportamiento socialmente reprochable, producto de una voluntad que no ha debido ser...” (Ruiz, 1980, p. 50). En virtud de este postulado filosófico, que inspira la legislación penal, la persona solo será responsable por sus actos que son los únicos que pueden ser juzgados a la luz de la legislación penal; en otras palabras, se responde por lo que se hace no por lo que se es (Velásquez, 2009, p. 102). Es más, según la propia Corte Constitucional:

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

De esta manera lo que se juzga no es una forma de ser, ni de pensar, sino la realización externa de actos (“el comportamiento que le importa al derecho penal es el que trasciende a la sociedad con efectos dañinos para los bienes jurídicos [...]” (Salazar, 2016, p. 99), son estos actos los que serán materia de juzgamiento y, de forma eventual, de condena (Ferrajoli, 2001, p. 484). La ley penal, entonces, de conformidad con el principio del acto, no juzga personas, sino actos (Bernal, 2002, p. 81). Entender al derecho penal como uno de acto significa que

[...]el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción (Corte Constitucional, Sentencia C-365 de 2002).

Al ocuparse de este postulado, la jurisprudencia constitucional señala que “el legislador penal sólo puede sancionar conductas humanas exteriorizadas y no sentimientos, actitudes internas o, incluso, modos de vida (Sentencia C-636 de 2009)”. A la par, la doctrina nacional indica que solo se puede castigar al ciudadano “por lo efectivamente realizado y no por lo pensado” (Velásquez, 2009, p. 102). De con-

formidad con este principio, solo puede imponerse una pena a quien comete un injusto con culpabilidad (Bernal, 2002, p. 81), elementos que determinan la modalidad y cantidad de la sanción a aplicar (arts. 7º y 61.3 CP) y, en tanto que se juzga un hecho y no una persona, no se permite el incremento de la pena por la reincidencia (Velásquez, 2009, p. 104). En fin, señala la Corte Constitucional que un derecho penal de acto

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

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

De igual forma, este principio aparece en la normativa procesal penal vigente (Ley 906 de 2004), donde se establece que “nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos...” (art. 6º); “[e]l Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito...” (art. 66); “...corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito...” (art. 200); y “...para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente...Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes...” (art. 288).

De manera que la legislación nacional acoge el principio del acto y el derecho penal es de acto, en contraposición al derecho penal de autor que en algún momento rigió. Se reitera que, en virtud de ello, se juzgan actos externos y no personas ni actitudes ni pensamientos, por lo cual el injusto y la culpabilidad son los elementos determinantes a la hora de imponer una sanción (Corte Constitucional, Sentencias C-239 de 1997; C-179 de 2007 y C-365 de 2012).

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

El principio del acto como límite a la libertad de configuración del legislador penal.

Es cierto que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, asunto que ha sido reiterado por la Corte Constitucional (Sentencias C-646 de 2001; C-226 de 2002; C-1080 de 2002; C-853 de 2009; C-334 de 2013; C-013 de 1997 y C-540 de 2012), quien ha señalado que este margen de configuración no es absoluto (Sentencias C-420 de 2002; C-148 de 2005; C-475 de 2005; C-1033 de 2006; C-365 de 2012 y C-334 de 2013) y que está limitado por la Constitución Política y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, indicando (sentencias C-420 de 2002; C-936 de 2010; C-241 de 2012; C-365 de 2012; C-742 de 2012 y C-334 de 2013) que son criterios específicos que deben observarse al momento de elaborar normas de contenido penal: (i) el principio de necesidad, (ii) el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, (iii) el deber de observar la estricta legalidad, (iv) el principio de culpabilidad, (v) el deber de garantizar los derechos constitucionales y la aplicación de los convenios internacionales de derechos humanos y (vi) el deber de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Sentencia C-387 de 2014). Sobre el principio de culpabilidad ha dicho esa misma corporación:

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

De esta manera, los principios constitucionales de culpabilidad y del acto representan límites a esa libertad de configuración del legislador penal y, en virtud de ello, los antecedentes criminales del infractor –su modo de vida o su forma de pensar– no deben ser tenidos en cuenta para imponer ni para agravar una pena

en el momento en que se cometa un nuevo delito, asuntos que deben establecerse atendiendo, de manera exclusiva, al hecho cometido. Así las cosas, pese a que el principio del acto entendido como límite a la libertad de configuración de la legislación penal, ha sido reconocido de forma amplia por la jurisprudencia constitucional y el mismo es reiterado en el fallo analizado, la Corte toma una decisión que lo contraría de forma abierta: permitir que asuntos no relacionados con el hecho cometido sean tenidos en cuenta para agravar la sanción penal.

Por ello, el aval del Tribunal Constitucional a este tipo de prácticas por parte del legislador que desconocen el carácter liberal del sistema penal, permite que la valoración de los antecedentes penales del infractor con los fines de incrementar la sanción o negar la procedencia de cualquier beneficio, se convierta en una práctica común en el sistema penal colombiano como se muestra a continuación.

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

En relación con la reincidencia como criterio para determinar la procedencia de beneficios o subrogados penales, el CP establece que no procede la suspensión condicional de la pena cuando el agente cuente con antecedentes penales (art. 63.2 y 63.3), asunto que fue encontrado acorde a la Carta Política por la Corte Constitucional (Sentencia C-194 de 2005). Igualmente, el artículo 68A establece que

[...] no se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

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

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

Conclusiones

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

Así las cosas, el fallo es errado también en el fondo, pues, si bien se reconoce que uno de los límites a la potestad de configuración del legislador penal es el principio del acto, encuentra ajustada a la carta la norma demandada que de forma abierta lo desconoce al establecer un incremento de la pena de multa cuando la persona es reincidente. De esta manera, si bien es cierto que esta disposición no contraría el principio constitucional del *non bis in idem*, sí atenta con toda claridad contra la Constitución cuando desconoce el principio del acto y, por ende, debió ser declarada inexecutable.

Referencias

- Agudelo, N. (2004). *La defensa putativa en el nuevo Código Penal*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, G. (2002). *Las normas rectoras en el Nuevo Código Penal Colombiano*. Bogotá, D. C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gómez, C. A. (2000). *Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática Penal*. Bogotá, D. C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ruiz, S. *Teoría del hecho punible*. (1980). Bogotá, D.C.: Ediciones Librería del Profesional.
- Salazar, M. *Acción e imputación. Principio y concepto de culpabilidad. Escuela dialéctica del derecho penal*. (2016). Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sentencia C-244 (1996, mayo 30). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.
- Sentencia C-013 (1997, enero 23). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional.
- Sentencia C-239 (1997, mayo 20). Demanda de Inconstitucionalidad. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.

- Sentencia C- 646 (2001, junio 20). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Sentencia T-537 (2002, julio 15). Acción de Tutela. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional.
- Sentencia C-226 (2002, abril 2). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
- Sentencia C-420 (2002, mayo 28). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional
- Sentencia C-1080 (2002, diciembre 5). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
- Sentencia C-148 (2005, febrero 22). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
- Sentencia C-194 (2005, marzo 2). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional
- Sentencia C-475 (2005, mayo 10). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
- Sentencia C-1033 (2006, marzo 5). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
- Sentencia C-179 (2007, marzo 14). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional
- Sentencia C-853 (2009, noviembre 25). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Iván Palacio Cano. Corte Constitucional
- Sentencia C-936 (2010, noviembre 23). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional
- Sentencia C-241 (2012, marzo 22). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional
- Sentencia C-365 (2012, mayo 16). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional
- Sentencia C-540 (2012, julio 12). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Iván Palacio Cano. Corte Constitucional
- Sentencia C-742 (2012, septiembre 26). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional
- Sentencia C-334 (2013, junio 13). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional

Sentencia C-387 (2014, junio 25). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Iván Palacio Cano. Corte Constitucional

Sentencia 25.629 (2007, marzo 26). Casación. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (4 ed.). Medellín: Comlibros.