

***“El principio de favorabilidad en la jurisprudencia colombiana
(En particular, su aplicación en los delitos permanentes)”***

**MAESTRIA DE PROFUNDIZACIÓN
DERECHO PENAL CON ENFASÍS EN LA TEORÍA DEL DELITO.**

**POR: MARIA PAULINA GÓMEZ PÉREZ
ASESOR DE TESIS: DOCTOR JUAN OBERTO SOTOMAYOR**

UNIVERSIDAD EAFIT

2012

TABLA DE CONTENIDO:

1. Introducción
2. Función de garantía del principio de favorabilidad
3. Del principio de favorabilidad y su aplicación en la actualidad
4. Principio de favorabilidad y su aplicación en los delitos de carácter permanente.
5. variación jurisprudencial: herramienta de punición?.
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro estado social y constitucional, se fundamenta en el respeto, materialización y protección de los derechos y garantías propias de los ciudadanos, lo que ha implicado la búsqueda de límites al ejercicio del poder punitivo del Estado, el menor grado de lesividad de los derechos del ciudadano y la creación de principios orientados no solo a ser moduladores de la actuación judicial y administrativa, sino también a sentar las bases o pilares fundamentales del proceso penal.

El principio de favorabilidad es uno de esos principios generales del sistema penal que desde la órbita constitucional conforma la estructura del debido proceso, es una herramienta orientada al logro de los fines de nuestro ordenamiento jurídico y a la cual los operadores del sistema deben acudir para establecer las técnicas procedimentales a que se debe sujetar el derecho penal y el derecho procesal penal¹.

Este principio *pro reo (favorabilidad)*, protege al ciudadano que está siendo investigado por el órgano de persecución penal y que por ende es sujeto del derecho penal y dicha protección, a la luz de este principio, se orienta a buscar la solución mas favorable frente a la existencia de un conflicto de leyes, evento en el cual se debe optar por la ley menos grave a los intereses del individuo.

En nuestra sociedad desde hace varios años, se han gestado cambios en lo que refiere a la interpretación y finalidad de los principios y normas rectoras del sistema penal, interpretaciones que distan del verdadero sentir de los principios y ello se evidencia por el tratamiento que se les viene dando a quienes son destinatarios de la ley penal y a quienes día a día se le disminuyen sus facultades

¹ FERNANDO VELASQUEZ, Manual de Derecho- Penal General, Tercera Edición, Ed. Temis, 2002. págs. 253 y ss.

dentro del proceso, se le restringen sus derechos, garantías fundamentales y se les instrumentaliza.

La política criminal juega un papel decisivo en los cambios que se han gestado en nuestra sociedad y se ha convertido en una herramienta de criminalización, liderada por el aparato estatal, aceptada por los operadores jurídicos y demandada por la sociedad, que clama por una mayor protección de las víctimas, ofendidos y perjudicados con el delito. Como lo ha explicado Sotomayor, el derecho penal se muestra como expresión de los desesperados intentos estatales de lograr a toda costa el monopolio de la coacción y la tendencia a establecer excepciones a las garantías constitucionales, y en algunos casos, hasta suprimirlas².

Ese cambio, aunque no sea acorde con los postulados del Estado social y constitucional de derecho, no ha sido caprichoso; es decir, es consecuencia directa de la influencia de los postulados del derecho penal internacional y de la protección internacional de los derechos humanos, de la protección y el papel protagónico que se le ha otorgado a la víctima dentro del sistema penal y de la expansión del derecho penal; al respecto Silva Sánchez ha indicado que en los últimos años se ha constatado la existencia de una tendencia claramente dominante a la restricción o reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal y a la relativización de los principios político criminales de garantía³.

Complementando lo anterior, la tendencia a proteger a la víctima y restituir el daño causado con el delito ha sido un móvil determinante para la variación de la función limitadora de las garantías penales y la limitación de derechos fundamentales. El fenómeno de identificación de la víctima, conduce a entender la propia institución de la pena como mecanismo de ayuda a la superación por

² JUAN OBERTO SOTOMAYOR, "Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa", en *Nuevo Foro Penal, Revista del Grupo de estudios penales de la Universidad EAFIT*, 4^a época, Nº 71, Medellín, Colombia, 2007, p 49.

³ JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, editorial Civitas, 2001. p 56.

parte de la víctima del trauma generado por el delito, las penas cumplen una función simbólica respecto a la deuda que adquiere el ciudadano infractor con su conducta⁴.

El derecho penal clásico, se caracterizó por la limitación al poder punitivo del estado, evitando la actuación ilimitada en perjuicio de sus gobernados, característica que no predomina en el derecho penal moderno, en el cual la injerencia del estado es más latente; como consecuencia de la constante aparición de los denominados delitos de peligro abstracto, de la extensa protección de los bienes jurídicos de carácter colectivo, de la expansión del derecho penal, entre otros aspectos; que hacen del derecho penal actual, un derecho más penalizador; situación que se traduce en un debilitamiento de las garantías y principios rectores del derecho penal clásico, como por ejemplo, el principio de lesividad, el cual se flexibiliza cada vez más con los denominados delitos de peligro abstracto, el de culpabilidad y el de legalidad, desconociéndose el carácter fragmentario propio del núcleo básico del derecho penal y legitimado en decisiones cada vez más criminalizadoras, pero acordes con las exigencias de la sociedad y de los medios de comunicación.

Todo lo anterior, reitero, ha generado un deterioro de la función limitadora de los principios tradicionales del derecho, que los ha convertido en herramientas de punición, contradiciendo los principios medulares del estado social y constitucional de derecho, como los de favorabilidad y dignidad humana.

A mi modo de ver, resulta paradójico como nuestras altas cortes soportan los argumentos que niegan la aplicación del principio de favorabilidad, en la necesidad y urgencia de proteger los derechos fundamentales, partiendo del desconocimiento de dichos derechos.

⁴ JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades, cit., p. 56.

El principio de favorabilidad penal no ha sido ajeno a ese cambio y ello se ha evidenciado principalmente a la hora de aplicar dicho principio en los tipos penales cuya ejecución es permanente en el tiempo, cuestionándose la función garantista que como modulador de la actividad judicial suponía su aplicación y dando paso a un adelantamiento del poder punitivo del estado.

Tradicionalmente, se entendía que frente a la colisión de leyes o frente a los cambios normativos, se aplicaba la ley que resultase ser más benéfica a los intereses del procesado, lo que operaba de manera automática, esto es, sin reparo alguno, por ser ello no un beneficio sino un derecho de todo ciudadano.

No obstante, como se ilustrará más adelante de manera detallada, esa postura sufrió un cambio radical y se empezó a distinguir los eventos en los que procedía o no la aplicación de este principio, convirtiéndose en una justicia selectiva e intervencionista, justificada en la necesidad de evitar la impunidad, de satisfacer las pretensiones punitivas de la víctima e incrementándose de manera desmesurada el poder punitivo del Estado.

El monopolio del *ius puniendi* en cabeza del Estado es una circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del poder más drástico de que es titular el Estado. De allí también por qué, aparte de la favorabilidad muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido configuradas directamente por el constituyente, pues se alienta el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano⁵.

⁵ Sentencia Corte Constitucional, del 11 de noviembre de 1993. C-531. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz.

2. FUNCIÓN DE GARANTIA DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

El respeto por las garantías del individuo son el soporte fundamental de las actuaciones judiciales y administrativas y ello se desprende del contenido que el constituyente primario y el legislador le otorgaron al principio del debido proceso, principio que adquiere relevancia dentro del sistema jurídico y especialmente en la rama penal, por conformar una serie de garantías que deben permanecer incólumes a lo largo de la actuación y que deben ser respetadas por todos los intervinientes del proceso.

Cuando hablamos de debido proceso, estamos hablando, entre otros aspectos, de la materialización de los principios rectores del derecho procesal penal, siendo uno de estos el de favorabilidad, principio que es de vital trascendencia a la hora de analizar los efectos de las diferentes normas que han tenido vigencia durante el proceso penal al que se vio sometido el individuo. Los fundamentos de la favorabilidad, como lo son el principio de legalidad y en específico el de la ley previa, apuntan a impedir la arbitrariedad del Estado, su intervención abusiva sobre los derechos y las libertades del individuo.

Nuestra constitución política al referirse al principio de legalidad, indica que todo acto o conducta se debe regir por la ley vigente al momento de su realización ("*tempus regit actum*"); como norma general, prohibiendo la aplicación extractiva de la ley, sea que ello se haga retroactivamente –actividad hacia atrás- o ultraactivamente- actividad hacia futuro; sin embargo, atendiendo al carácter

restrictivo de la libertad que tienen las leyes penales es posible, en aplicación del principio de favorabilidad, excepcionar dicho postulado general y de tal forma aplicar una ley derogada a casos futuros y aplicar la ley nueva a hechos pasados⁶.

El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra carta en un principio supralegal⁷, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado; es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera sea la naturaleza de ésta⁸.

Ambos fenómenos, esto es, el de retroactividad y ultractividad de la ley penal, adquieren relevancia cuando estamos frente a una coexistencia de legislaciones penales, en cuyo evento el operador judicial en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales, está llamado a aplicar la ley permisiva o favorable, de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

“Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquélla no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia”⁹.

⁶ FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ, *Derecho Penal Parte General*, Tercera Edición, Bogotá, Ed. Temis, p. 145.

⁷ Artículo 29, Constitución Política de Colombia, 1991.

⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia del 15 de Marzo de 1961.

⁹ Sentencia Corte Constitucional. C-402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

Como se anotó antes, tradicionalmente se ha entendido que en virtud del principio de favorabilidad en materia penal y en procura de garantizar plenamente el derecho fundamental al debido proceso, de manera excepcional, es posible reconocer efectos ultractivos a las disposiciones que han sido eliminadas del ordenamiento jurídico -sustantivas o procedimentales, tanto por vía de la derogatoria como por vía de la declaratoria de inconstitucionalidad, para efectos de regir los recursos, los trámites y las actuaciones que se iniciaron previamente a la exclusión de la ley del sistema legal, durante el término en que se encontraba vigente y mientras estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad¹⁰. Ello es así, si se tiene en cuenta que el principio de favorabilidad comporta una garantía esencial del derecho al debido proceso y como tal, el mismo no puede ser desconocido en ningún escenario legal o judicial donde su aplicación sea necesaria para garantizar el debido proceso y asegurar la vigencia de un orden justo¹¹.

Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva¹². La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva ley, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos, evento en el cual debe el operador judicial por mandato constitucional, acudir al principio de favorabilidad penal, en aras de buscar la solución a cada caso. Al respecto

¹⁰ Sentencia Corte Constitucional del 11 de noviembre de 1986.

¹¹ Sentencia de Tutela, Corte Constitucional. T-824A/02.

¹² FERNANDO VELASQUEZ, Manual de Derecho Penal General, cit., p 287.

Velásquez, indica que al interpretarse la ley debe observarse el axioma según el cual *“lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse”*; ello permite, entonces, exceptuar el carácter general de la prohibición en gracia de favorabilidad, dando oportunidad a la ley de actuar más allá del término de vigencia, sea por vía de ultraactividad o de retroactividad¹³.

El principio de favorabilidad penal se constituye en una herramienta para dar solución a los conflictos que puedan suscitarse ante la sucesión de varias normas en el tiempo, y frente a este tema se pronunció la Corte Constitucional indicando:

*“Frente a la sucesión de leyes en el tiempo, el principio favor libertatis, que en materia penal está llamado a tener más incidencia, obliga a optar por la alternativa normativa más favorable a la libertad del imputado o inculgado”*¹⁴.

Ahora bien, aunque las normas procesales, las de jurisdicción y de competencia tienen efecto general inmediato, tradicionalmente, se ha entendido que el principio de favorabilidad en materia penal se puede aplicar no solo en materia sustancial, sino también en materia procedimental cuando las normas instrumentales posteriores tienen relevancia para determinar la aplicación de una sanción más benigna;¹⁵ ello no es otra cosa que la búsqueda de decisiones benévolas para quien se encuentra incurso en un proceso penal.

Como ya he indicado, en el Estado Constitucional de Derecho, las normas sobre principios y derechos fundamentales consagrados en la carta política (artículos 1 a 41 Constitución Política de Colombia.) tienen primacía sobre otros textos constitucionales; de igual manera, en el entorno de los derechos fundamentales se

¹³ Ibid., p 287.

¹⁴ Sentencia Corte Constitucional C-300 de 1994.

¹⁵ Sentencia Corte Constitucional. C-922/2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

reconoce también una jerarquía especial a determinados principios, lo cual hace que estén revestidos de mayor peso jurídico y aún respecto de otras normas fundamentales¹⁶.

La constitución política de 1886 consagró el principio de favorabilidad, norma que fue reproducida de manera casi idéntica por el constituyente primario en el artículo 29 de la constitución de 1991, que expresamente manda: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

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

El artículo 93 de nuestra Constitución Política Nacional, se refiere al bloque de constitucional, indicando: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humano ratificados por Colombia.”* Conforme a ello, debe incorporarse lo establecido en los pactos y tratados internacionales que han sido ratificados por nuestro país y que confirman el principio de favorabilidad como una garantía fundamental del proceso.

El principio que vengo desarrollando, constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse en ninguna circunstancia y ello no solo por ser un mandato constitucional, sino por ser a su vez un mandato de

¹⁶ Sentencia Corte Suprema de Justicia, del 10 de agosto de 2006. Radicado 25215. M.P: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

carácter internacional; esto es, por ser un principio reconocido en tratados internacionales, los cuales integran el bloque de constitucionalidad y son de obligatorio cumplimiento¹⁷.

En efecto, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, se enuncia este principio en los siguientes términos:

"Artículo 15-1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

Principio que es replicado por la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la ley 16/72, en el artículo 9º, que reza así:

"Artículo 9º Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta, no deja duda al respecto, su primacía nos indica la obligación de ser aplicado y respetado y una interpretación contraria al mismo, resultaría inconstitucional.

¹⁷ Artículo 4 y 93 de Constitución Política de Colombia.

Igualmente, el principio de favorabilidad, como garantía del proceso y de las actuaciones judiciales y administrativas, tiene desarrollo legal en los artículos 44 de la Ley 153 de 1887, en el artículo 6° del Código Penal (Ley 599 del 2000) y artículo 6° del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004), apareciendo en estos últimos como norma rectora, postulado que no establece salvedad ni excepción alguna. Por ello es que en presencia de tránsito de leyes o coexistencia de las mismas que regulan el mismo supuesto fáctico de diferente forma, se debe optar por la que favorezca al procesado¹⁸. La normatividad acá señalada, es muestra de que nuestra constitución política, así como las leyes penales, consagran de manera expresa el principio de favorabilidad, resaltando el carácter imperativo de dicho postulado, contrario a lo que pasa en otras legislaciones donde no se enuncia explícitamente el principio de favorabilidad, sino que se hace una enunciación implícita, enunciación que resulta ser sumaria e indirecta, llevando a algunos a pensar que no se trata de un principio constitucionalizado¹⁹.

El artículo 6o. del Código Penal colombiano, se refiere al principio de legalidad, principio que a su vez desarrolla el postulado de favorabilidad en los siguientes términos:

ARTICULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

¹⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, del 26 de agosto 2009. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁹ LUIGUI FERRAJOLI, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 696.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

En el mismo sentido, el código de procedimiento penal colombiano, en su título preliminar “Principios rectores y garantías procesales”, hace mención del principio de favorabilidad penal, como una matiz del principio rector de legalidad penal:

ARTÍCULO 6o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

De conformidad al tenor literal de la normatividad trascrita, debemos partir de un hecho cierto e innegable, como lo es que ni en la Constitución Política y ni en el Código penal se consagran excepciones al principio de favorabilidad, por el contrario, el constituyente ha consagrado de manera expresa, que la ley favorable se aplicará, sin excepción, de preferencia a la desfavorable, razón por la cual resulta contrario a derecho que sea el intérprete quien haga tales excepciones²⁰.

3. DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA ACTUALIDAD

²⁰ Artículo 6, Constitución Política de Colombia, 1991.

El pensamiento de las altas cortes, reflejado en varios de sus pronunciamientos en torno a la posibilidad de aplicar retroactiva y ultractivamente normas que fuesen declaradas inexecutable o inconstitucionales, cuando comportara favorabilidad para el procesado,²¹ demostraba el respeto de los principios fundamentales y su congruencia con la corriente garantista del derecho penal; sin embargo, en la actualidad ha operado un novedoso cambio, que como se mostrará más adelante ha tenido incidencia en los delitos de carácter permanente, donde los postulados invocados por las altas cortes para reinterpretar y flexibilizar el sentir de los principios, se concreta en una restricción, propia del derecho penal moderno²².

Estos cambios en la interpretación y aplicación de las garantías procesales, influenciados por el derecho penal moderno el cual se centra mas en la protección de la colectividad que del individuo objeto del derecho penal, contrarían los postulados del derecho penal liberal, las garantías y principios básicos de este derecho, entrando en conflicto con los principios de subsidiariedad e intervención mínima del derecho penal. Nótese como en la actualidad, el derecho penal tiende a la creación de nuevos bienes jurídicos, ampliando así el campo de acción de esta rama del derecho y en consecuencia, alejándose del ideal del derecho penal clásico y de sus ideas de subsidiariedad.

La vocación restrictiva del derecho penal, como indica Ferrajoli,²³ se orienta al control, neutralización del poder y del derecho ilegítimo y es la razón por la cual, se instituyeron los principios y garantías fundamentales a las que he venido haciendo referencia, ya que resulta evidente la restricción y limitación de los derechos cuando opera la intervención del Estado a través de la legislación penal y es precisamente por ello, que se instituye la obligación de acudir a otros

²¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, C-171 de 1993, citada a su vez en Sentencia de Tutela Corte Constitucional T-504/99.

²² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 26 de septiembre de 2002. Rad. 11885. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterada en fallo del 20 de mayo de 2008 Rad. 23538.

²³ LUIGUI FERRAJOLI, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, cit., p. 851.

mecanismos de solución de conflictos menos lesivos. En el estado social de derecho no existen poderes sin regulación y actos de poder incontrolables, en él todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos²⁴ y por garantías procesales; no obstante, estos postulados del estado social se han ido deteriorando, esa función garantista ha ido variando a través de los pronunciamientos de las altas cortes, que indican que no debe darse aplicación al principio de favorabilidad cuando se esté en presencia de delitos permanentes, por ser ello contrario a la política criminal, la cual se orienta por la reducción de las conductas delictivas partiendo del incremento punitivo y de la reinterpretación de las garantías orientadoras del proceso penal y con el fundamento de que tal situación no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos, situaciones consolidadas, ni garantías propias del ciudadano.

Dichos pronunciamientos, son el reflejo de esa creciente necesidad de reconducir la intervención punitiva del Estado, y en este punto, resalto la idea expuesta por el profesor Silva Sánchez: “...en efecto, poco parece importar, a este respecto, que no se tenga muy claro donde se hallan los límites de tal derecho penal mínimo...”²⁵. Idea que no está muy alejada de lo que ocurre en nuestro sistema, donde cada día se hace más latente el deterioro de la función limitadora de los principios del derecho penal y el relajamiento de los límites del derecho.

De lo expuesto anteriormente, se concluye que la concepción garantista adoptada por nuestra constitución política y respaldada por principios fundamentales, se ha desdibujado, dando paso a interpretaciones que desconocen el verdadero sentido de los principios fundamentales y que parecieran compadecerse con corrientes modernas, que propugnan la protección de derechos y garantías fundamentales

²⁴ LUIGUI FERRAJOLI, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, cit., p. 857.

²⁵ JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 17.

de las víctimas, partiendo del desconocimiento y limitación de las garantías fundamentales de los procesados.

Reitero, la variación de nuestras altas cortes en la reinterpretación y restricción de estos principios modulares del sistema penal y del ordenamiento jurídico en general, no ha sido una variación antojada, sin que ello resulte ajustado a los postulados del estado social y constitucional de derecho; sino que ha sido la respuesta a las necesidades del nuevo entorno social, donde la política criminal adoptada se orienta a la flexibilización de las garantías del ciudadano procesado, a la creación de nuevos bienes jurídicos, a la intervención anticipada del derecho penal a través de los delitos de peligro abstracto y a la expansión del derecho penal²⁶, como herramientas para el control social, generándose una antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja²⁷, como la nuestra.

4. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y SU APLICACIÓN EN LOS DELITOS DE CARÁCTER PERMANENTE.

Cuando se habla de delitos de carácter permanente, se hace alusión a aquellas conductas cuya consumación se prolonga en el tiempo y está vigente la infracción a la ley penal, hasta el momento en el que cesa el atentado al bien jurídico objeto de tutela, sin que corresponda a una realización del comportamiento por tramos²⁸.

El punto de partida para identificar cuando estamos frente a un delito de carácter permanente, está en determinar cuándo se entiende realizada la conducta punible,

²⁶ JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit, p. 16-25.

²⁷ JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit, p. 20.

²⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de marzo de 2006. Radicado 22813. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

para, a partir de allí, establecer si se cumple o no con el principio de preexistencia de la Ley. En esta materia, predomina la teoría de la acción, según la cual “*el hecho punible se entiende cometido al momento en que se produce la manifestación de voluntad*”. En cuanto a los delitos permanentes, el tiempo de comisión comprende el lapso transcurrido desde la manifestación de la conducta hasta que cesa de ejecutarse²⁹.

Para la comisión de este punible es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, quien persiste en ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el inicio del punible³⁰. Al respecto, Roxin indica que en los delitos de carácter permanente, el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo³¹.

La función que ha cumplido el principio de favorabilidad en los delitos de carácter permanente, cuando se está en presencia de un tránsito legislativo, no ha sido una función puntualizada en los últimos años, debido a que la solución no se presenta como unánime; esto es, la posición frente a tal situación, se encuentra dividida por dos corrientes; a saber:

Por un lado, la corriente que predomina en la actualidad y que sostiene que no hay lugar a aplicar de forma ultractiva una ley favorable tratándose de delitos

²⁹ FERNANDO VELÁSQUEZ VELASQUEZ. *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 302.

³⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 25 de Agosto de 2010. Radicado 31407. M.P., María del Rosario González de Lemos.

³¹ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit. p. 329.

permanentes. Posición que como se ha señalado en apartados anteriores, desdibuja las funciones de los principios y normas rectoras del proceso penal.

Las razones esbozadas por las altas cortes, en especial, las señaladas en el fallo del 25 de agosto de 2010, radicado 31407, para dar aplicación a la nueva ley, aunque resulte ser menos benéfica para el individuo, se concretan en las siguientes:

a) *La no existencia de los presupuestos legales para la aplicación del principio:* no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad por vía de la ultraactividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado. Siendo ello así, palmario resulta que no opera el mencionado principio tratándose de delitos permanentes, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola, no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola³².

b) *Por la autodeterminación del sujeto:* el agente no se intimidó con la ley más gravosa y por ende decidió de manera libre continuar lesionando y/o

³² Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. Radicado 31401, del 24 de junio de 2009. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

poniendo en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador, esto es, el sujeto continúa indiferente ante la protección del bien jurídico pretendida por el legislador y por ello, no hay razón para aplicarle la ley anterior más favorable y desconocer la nueva ley que también fue trasgredida por el individuo. En relación con este argumento, la corte ha señalado: “ *ninguna afrenta se proyecta ni sobre la legalidad ni sobre la favorabilidad, pues la severidad del nuevo castigo, que ya para entonces surgió como preexistente a los comportamientos que se siguieron realizando, no fue obstáculo para llevarlos a cabo*”³³. El artículo 6º de la Carta Política, indica que las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como punible, por ello, no hay lugar a dudas que quien de manera libre y voluntaria decide adecuar su actuar a un tipo penal, la consecuencia ineludible es hacerse acreedor a la pena dispuesta en el respectivo precepto y demás consecuencias jurídicas establecidas.

- b) *Por la impunidad*: aplicar la ley nueva equivaldría a dejar impune la parte ejecutada bajo ese tramo de tiempo, solución absolutamente inequitativa con respecto a quienes hayan comenzado a realizar el hecho después de expirada la vigencia de la ley anterior, resultando así injustamente favorecido el delincuente que más ha perseverado en el mantenimiento o la reiteración de la consumación³⁴.

- c) *En virtud del principio de legalidad*: toda vez que la aplicación de la pena depende exclusivamente de la ley aplicable y el juzgador no puede variarla, pues de hacerlo, estaría quebrantando el principio de legalidad de la pena,

³³Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 31401, del 24 de junio de 2009. M.P., Sigifredo Espinosa Pérez.

³⁴ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 31407, del 25 de agosto de 2010. M.P., María del Rosario Gonzales de Lemos.

que prohíbe imponer sanción que no se encuentre establecida en norma vigente³⁵. De conformidad a lo establecido en el artículo 6º de la Carta Política, las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como punible, es evidente que cuando acomodan su proceder a un tipo penal sin justificación atendible, se hacen acreedoras a la pena dispuesta en el respectivo precepto.

e) *En atención al fin de prevención general*: si uno de los propósitos de la *lex previa* se orienta a cumplir con la función de prevención general de la pena, en el entendido de que cuando el legislador dentro de su libertad de configuración normativa eleva a delito un determinado comportamiento está enviando un mensaje a la sociedad para que las personas se abstengan de cometer tal conducta, so pena de estar llamadas a soportar la sanción anunciada.

Esta posición es avalada por pronunciamientos de orden internacional, adoptados por nuestro ordenamiento jurídico y por ende aplicables en nuestra legislación interna, pronunciamientos en los cuales es evidente la necesidad de sancionar mas drásticamente las conductas que afectan en mayor grado los bienes jurídicos tutelados y siendo la mayoría de estas conductas las catalogadas como delitos de carácter permanente, situación que se desprende del fallo del 26 de noviembre de 2008 en el caso *Tiu Tojin* contra Guatemala: “*Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable*”³⁶.

³⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, del 26 de septiembre de 2002, Radicado 11885. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁶ Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso TIU TOJIN VS. GUATEMALA. 26 de Noviembre de 2008.

Igualmente, en la doctrina encontramos autores que respaldan el pensar de nuestras altas cortes, nótese como Roxin, al referirse a la aplicación del principio de favorabilidad en los delitos de carácter permanente, indica: *“En el caso de los delitos permanentes puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión, p. ej. que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención ilegal prolongada; en tal caso se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho”*³⁷.

Fernández Carrasquilla, explícitamente sostiene: *“...en los delitos de que trata la acción se realiza en tiempo de diversas vigencias legales y no hay en verdad razón alguna, ni técnica ni humanitaria, para ultractivar una ley favorable pese a que el agente continuó cometiendo el hecho bajo una nueva ley más gravosa para él, que tampoco bastó para intimidarlo o disuadirlo. Tal posición equivale a dejar impune la parte del hecho ejecutado bajo la nueva ley, solución absolutamente inequitativa con respecto a quienes hayan comenzado a realizar el hecho después de expirada la vigencia de la ley anterior, resultando así injustamente favorecido el delincuente que más ha perseverado en el mantenimiento o la reiteración de la consumación.”*³⁸

Con estas interpretaciones, es evidente que se colocan obstáculos al amplio ámbito del axioma de la favorabilidad y se cercena el derecho a ésta, pues contraría los postulados constitucionales, del bloque de constitucionalidad y de la ley, que, se repite, no establecen ni insinúan cortapisa alguna en la materia. Estas elucidaciones desconocen la función de garantía del mencionado principio, convirtiéndolo en herramienta de incriminación, que a mi modo de ver, se respaldan en ideas difusas.

³⁷ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, cit. P. 162.

³⁸ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental*, Volumen I, Editorial TEMIS, 1986, pp. 127 – 128.

Por otro lado también existe una corriente que sostiene que en el evento en que se presente un tránsito legislativo en los delitos de ejecución permanente, lo que procede es aplicar la ley más favorable; en atención a la función limitadora que cumple este principio frente al poder punitivo del estado y como garantía en los procesos, actuaciones judiciales y de carácter administrativo.

Esta postura, acorde con lo que la ley y la constitución prescriben al respecto, indica que si durante el transcurso continuo e ininterrumpido de la denominada conducta permanente, transitan y rigen varias disposiciones, que regulan el asunto de diversas maneras, es inexorable la elección de aquella que mejore la situación del procesado, sin importar que el autor o los responsables del delito, continuaran ejecutando el actuar delictivo, una vez vigente la nueva ley que resulta más gravosa a los intereses del procesado. Este criterio se vio reflejado en decisiones de las altas cortes donde se puntualizaba: *“Si durante todo el tiempo de realización de la conducta, han transitado varias disposiciones que regulan el asunto de diversas maneras, se debe aplicar la más favorable”*³⁹.

Los artículos 29 de la Constitución Política, 44 de la Ley 153 de 1887, 6° de la ley 599 del 2000, 6° de la Ley 599 600 del 2000, 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se refieren al principio de favorabilidad de manera considerablemente generosa, vasta, por cuanto, como se percibe sin esfuerzo, de una parte, no limitan en ningún caso a la aplicación de una u otra disposición, simplemente es seleccionada aquella que, de cualquier forma, incrementa, para

³⁹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 31790. M.P., Jorge Luis Quintero Milanés.

bien, la situación del reo; y, de la otra, porque no excluyen de su contenido ningún evento de benignidad, o sea, no aluden a excepciones a la benignidad⁴⁰.

Las razones en las que se respaldaban nuestras altas cortes, para optar por la ley más benéfica al procesado, se concretaban en las siguientes:

- a) La elección de la norma que mejora la situación del procesado es una elección inexorable, máxime cuando la ley, la Constitución y los tratados internacionales adoptados por Colombia, normas que son obligatorias, prevalentes y que deben ser empleadas como criterios orientadores y de interpretación para las restantes, no limitan en ningún caso su aplicación, esto es, no aluden a excepciones frente a la benignidad y ordenan simplemente seleccionar aquella que, de cualquier forma, incrementa, para bien, la situación del reo⁴¹.
- b) En los delitos de carácter permanente, para determinar la norma a aplicar, debe acudirse al principio de favorabilidad y en consecuencia, escogerse el tipo penal, de los varios en juego por virtud del paso del tiempo, que menor carga punitiva comporta.⁴²
- c) La comparación de las varias normatividades vigentes durante la comisión del delito, conlleva inflexiblemente a la aplicación ultractiva de la norma favorable, pues frente a los delitos permanentes también opera sin dificultad el axioma de la favorabilidad⁴³.
- d) La favorabilidad, como se sabe, constituye una excepción al principio de la irretroactividad de la ley, pudiéndose aplicar en su acogimiento una ley

⁴⁰ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 22813, M.P., Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de marzo de 2006. Radicado 22813. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 10 de agosto de 2006. Radicado 25215. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Radicado 25215, cit.

posterior al hecho cometido (retroactividad) o prorrogarle sus efectos aún por encima de su derogatoria o su inexecutable (ultractividad), siempre que en algún momento haya regido la actuación y que -desde luego- sea, en uno u otro caso, más favorable al sindicado o condenado”⁴⁴.

- e) Constitucionalmente, no hay duda alguna en cuanto no existen restricciones para escoger y aplicar la disposición más benigna, de aquellas que se han sucedido durante el tiempo de comisión constante y continua de la conducta punible. Es, se reitera, una apreciación elemental: si la ley no distingue, el intérprete tampoco puede hacerlo⁴⁵. Argumento que es válido en todas las actuaciones penales y que resalta, es incluso una obligación del operador judicial, velar por el respeto de los derechos y garantías de quienes están incurso en el proceso, como materialización del debido proceso.

Argumentos que igualmente encuentran respaldo en la doctrina; nótese como Velásquez Velásquez, manifiesta al respecto: *“Si es un delito permanente, el tiempo de comisión comprende todo el lapso transcurrido desde el instante de la manifestación de la conducta hasta que cesa de ejecutarse; así, por ejemplo, si Luis secuestra a Diego el 20 de diciembre de 1980 dejándolo en libertad el 13 de junio de 1986, puede invocar la ley más favorable de las imperantes durante ese lapso, las que, por supuesto, pueden ser más de dos”*⁴⁶.

Al respecto conviene decir, que la posición de Velásquez y los argumentos esgrimidos por las altas cortes, para dar cabal aplicación al principio de favorabilidad en los delitos permanentes, resultan ser ajustados a los fines de

⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de febrero de 2005. Radicado 23006. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Radicado 22813, cit.

⁴⁶ FERNANDO VELÁSQUEZ VELASQUEZ. *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 123.

nuestro estado social y constitucional de derechos, por mantener incólume la función limitadora de las normas rectoras de nuestro sistema, que como ya he indicado anteriormente, pretenden evitar la intervención del estado como materialización del principio de subsidiariedad del derecho penal.

Mal haría en pensarse, que el aumento de punibilidad de un delito como producto de la política criminal del Estado, faculta a los operadores judiciales para desconocer las garantías del ciudadano, quien además no debe cargar con la inseguridad legislativa, ni con los yerros en los que incurrió la administración de justicia al establecer las consecuencias jurídicas de una conducta delictiva, que con el paso del tiempo, resultaron ser infructuosas a la luz de los fines de la pena⁴⁷.

El sentido estricto del principio de favorabilidad, tal como se desprende de la normatividad que lo consagra y a la cual ya hice mención, lo que reclama es que frente a dos normas que regulan un mismo hecho, se debe optar por aquella que resulte ser más favorable a los intereses del procesado, situación que no es ajena en los delitos permanentes y que como se anotó anteriormente, ni la Constitución política ni la ley consagró excepciones al respecto, razón por la cual las interpretaciones extensivas que hacen los operadores de justicia a la hora de indicar la no procedencia del principio de favorabilidad en los delitos permanentes⁴⁸, resulta ser restrictiva de los derechos y garantías fundamentales, así como injusta, desproporcionada y desigual.

5. VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL: HERRAMIENTA DE PUNICION?

⁴⁷ Artículo 4 Código Penal Colombiano.

⁴⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. Radicado 31401, del 24 de junio de 2009. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

La función del principio de favorabilidad en los delitos de ejecución permanente, era clara y definida, esto es, el operador jurídico, una vez se veía enfrentado a un conflicto jurídico en el cual habían tenido vigencia más de una ley, optaba por aplicar la norma que resultara ser más favorable a los intereses del individuo, ya que no está facultado para crear una norma intermedia o hacer interpretaciones parciales.

La posición asumida en los últimos años por nuestras cortes, tal como se indicó en apartados anteriores, cercenó la posibilidad de dar aplicación al principio de favorabilidad penal cuando se da un tránsito legislativo que modifique delitos de ejecución permanente, transformando drásticamente la interpretación que durante años se hacía de las garantías procesales, desconociéndose la necesidad de limitar la intervención estatal y de buscar soluciones que resulten ser menos drásticas a los intereses del procesado.

Actualmente, se sostiene que en los delitos de carácter permanente, se presenta una diferencia temporal entre lo ejecutado bajo la vigencia de la ley benévola y lo ejecutado bajo el imperio de la nueva legislación, esto es, no existe equivalencia entre la lesión acaecida bajo la vigencia de una y otra ley, razón por la cual no se presentan los presupuestos objetivos para dar aplicación al principio de favorabilidad, argumento que desconoce, o en otras palabras, omite el sentido que la constitución y la ley le otorgaron al principio de favorabilidad, donde solo se demanda la existencia de dos o más normas, que regulen el mismo hecho. Cabe entonces preguntarse, ¿Será válido que nuestras altas cortes en su labor de interpretativa, le inserten requisitos especiales a las normas, cuando estas en su tenor literal no los incluyen? ¿Acaso ello, no configura una vulneración al principio de legalidad?

Las razones esgrimidas por las altas cortes y que dieron paso a la variación jurisprudencial, encuentran origen en el afán de proteger los derechos humanos y de evitar la impunidad de hechos graves como lo son los delitos de carácter permanente, debido a que si el objeto del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, la lesión de estos durante largos períodos de tiempo no solo resulta ser un hecho arduo, sino que a su vez se generan mayores consecuencias lamentables para los titulares de dichos bienes jurídicos. No se desconoce que algunos de estos delitos generan mayores lesiones a los bienes jurídicos objeto de tutela; no obstante, ello no indica que la aplicación de la ley favorable se traduzca en un despotismo por parte del operador judicial; nótese que el individuo continua siendo objeto de reproche jurídico penal y en efecto es destinatario de la pena, razón por la cual, la impunidad como argumento esbozado para negar la aplicación del principio de favorabilidad, es un argumento falaz.

Como ya se indicó, el delito permanente se caracteriza porque el sujeto prolonga en el tiempo su actuar antijurídico⁴⁹, siendo entonces la permanencia en el tiempo una peculiaridad de esta clase de delitos; por ello, no resulta razonable que se cercene la escogencia de la norma benigna, con el argumento de que el sujeto prorroga la situación antijurídica aun cuando la conducta delictiva ha sido objeto de modificaciones en lo que refiere a sus consecuencias jurídicas; ya que la variación punitiva que hace el legislador, nada incide en las características propias del delito y por ende la garantía de favorabilidad también debe mantenerse incólume.

Ahora bien, este nuevo enfoque que la jurisprudencia da al principio de favorabilidad y que restringe su aplicación en delitos permanentes, paradójicamente parte de la protección de un principio, que al igual que el de

⁴⁹ Sentencia de la corte Suprema de justicia, Sala de casación Penal, del 30 de marzo de 2006. Radicado 22813. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

favorabilidad constituyen una garantía dentro del proceso penal y pretende poner límites al poder punitivo del estado. Me refiero al principio de igualdad que expresamente indica: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”*⁵⁰. Se indica que no habría proporcionalidad de la pena, cuando se aplica el principio de favorabilidad a quien ha trasgredido el ordenamiento jurídico durante la vigencia de dos normas y se opta por aplicar la ley derogada por ser más favorable; en cambio, quien ha lesionado el bien jurídico por un periodo de tiempo menos extenso y en vigencia solo de la nueva legislación, se le aplique esta última por ser la que atendiendo al principio de legalidad debe operar⁵¹.

Posición de la que me aparto, toda vez, que con la aplicación del principio de favorabilidad en los delitos de carácter permanente, no se está vulnerando el principio de igualdad como lo anota la Corte, debido a que la elección de la norma favorable o permisiva no es una prerrogativa del operador jurídico, sino un derecho, una garantía de todos los individuos. En los delitos permanentes la elección de la norma favorable no genera consecuencias desiguales, reitero, la misma se debe aplicar porque se presentan los presupuestos legales para ello, no se está sancionando de manera más drástica a quien decide iniciar el actuar delictivo a partir de la vigencia de la nueva ley; en estos casos se está aplicando la ley vigente para el momento de la comisión del hecho, materializándose así el

⁵⁰ Artículo 13, constitución política de Colombia, 1991.

⁵¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 31407, del 25 de agosto de 2010. M.P., Maria del Rosario Gonzales de Lemos.

principio de legalidad y no habría lugar a aplicar la ley anterior porque el sujeto no trasgredió el ordenamiento jurídico durante ese lapso de tiempo; contrario sensu, quien ejecuta la conducta delictiva en vigencia de ambas normas, ajusta su actuar a los presupuestos del principio de favorabilidad y debe el operador jurídico por disposición legal y constitucional optar por la ley que resulte ser más benéfica y que estuvo también vigente durante el actuar continuo del sujeto infractor.

La aplicación de la norma favorable, no puede traducirse en un desconocimiento del principio de legalidad, por el contrario es una materialización del mismo; nótese como el legislador⁵² y el constituyente,⁵³ al referirse al principio de legalidad señalan la favorabilidad como una matiz del mismo, razón por la cual aplicar la norma más favorable no equivale a vulnerar la legalidad de la pena, como erróneamente pretende sostenerlo la jurisprudencia⁵⁴.

Conforme a lo anterior, discrepo de esta nueva tendencia jurisprudencial, por desconocer los derechos fundamentales, dejar de lado la humanización del derecho penal y propender por la incriminación ilimitada de los individuos.

6. CONCLUSIONES

- a. Con la interpretación que hacen las altas cortes, es evidente que se colocan obstáculos al amplio ámbito del axioma de la favorabilidad y se cercena el derecho a ésta, pues no solo va en contra de la Carta Política, sino también del bloque de constitucionalidad y de la ley, normatividades que no establecen ni insinúan obstáculo alguno en la materia.

⁵² Artículo 6 de la ley 906 del año 2004.

⁵³ Artículo 29 Constitución Política de Colombia.

⁵⁴ Sentencia Corte suprema de justicia, sala de casación. Radicado 9.57. M.P. Eduardo Barrera Aguirre.

- b. Con la nueva línea jurisprudencial, las garantías o principios rectores, se ven como obstáculos que imposibilitan el desarrollo del derecho penal y su adaptación al nuevo entorno social, impedimentos que hay que remover o por lo menos flexibilizar al máximo, para evitar el colapso del sistema penal. Lo más preocupante de esta situación, es tener en cuenta que la desnaturalización del contenido de los principios y normas rectoras, así como el desbordamiento del poder punitivo del estado, no es un hecho ajeno a nuestra realidad personal, esto es, puede afectar a cualquier ciudadano, incluso a nosotros mismos, y por ende se hace indispensable reafirmar el sentido de las garantías y buscar que las mismas, aunque cada vez sean menos, resulten respetadas.
- c. El procesado o condenado no puede sufrir las consecuencias de los errores en que pueda incurrir el legislador al promulgar una norma, la cual posteriormente se califique como político criminalmente inconveniente. El destinatario de la ley, supone que las leyes nacen a la vida jurídica, una vez se ha analizado de manera detallada las consecuencias jurídicas de las mismas y en aras de garantizar la seguridad jurídica de los asociados⁵⁵; por lo tanto, los errores en los que incurra el legislativo, en atención al principio de reserva, no se pueden traducir en consecuencias negativas para la sociedad, como lo es el desconocimiento de un derecho constitucional como es el de la favorabilidad, ni faculta al interprete para cambiar las leyes, por muy discutibles que sean.

⁵⁵ Sentencia de tutela. Corte Constitucional. Radicado 25190 .

- d. La favorabilidad como un principio general del sistema penal, cuya naturaleza se compadece frente a la amplia actividad que el Estado desarrolla para el ejercicio del *ius puniendi*, donde el ser humano tiene que enfrentarse a todas las formas de coerción legal con que cuenta el aparato burocrático; de ahí que exista la necesidad imperiosa que el Estado tenga unos límites frente a sus gobernados, es menester que se respeten las garantías procesales que respaldan un debido proceso, dentro del cual se halla el principio de la favorabilidad penal; así como también, es necesario que se humanice el proceso y en especial, la aplicación de la pena; por lo tanto el postulado de lo favorable frente a lo menos favorable se presenta como una excepción frente a la irretroactividad de la ley penal y considero, debe ser ese el sentir de dicho principio, no siendo viable ni justa la posición adoptada en los últimos años por las altas cortes donde ese límite al poder punitivo del estado, dejó de existir.
- e. Las normas rectoras de nuestra legislación penal, tienen como fin proteger al individuo y salvaguardar sus derechos fundamentales; no obstante, en los últimos tiempos se ha expandido el derecho penal y como consecuencia de ello, se ha desnaturalizado el sentir de tales principios, entre ellos el de favorabilidad, dando lugar a una flexibilización de los límites del derecho penal y constituyéndolos en herramienta de incriminación, de castigo.
- f. La tesis restrictiva del derecho penal, que propugna, entre otras cosas, por aplicar las normas que resulten menos lesivas de los derechos de quien está incurso en un proceso penal y que reafirma los postulados de la dignidad humana, no es el sentir de nuestras altas cortes a la hora de cual es la norma a aplicar en delitos de ejecución permanente, pues quedó

claro, que se opta por la ley vigente aunque la misma desmejore o agrave la situación del individuo.

- g. Las reflexiones de las altas cortes, en torno a garantías o principios rectores del proceso penal, debe comprenderse bajo la óptica del contenido fundamental de los mismos, pero no menguarlos, derogarlos, suspenderlos, limitarlos o crearles excepciones incongruentes a su naturaleza misma; ello atendiendo a que estamos frente a garantías que consagran en sí, la protección de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RAMIREZ, JUAN: "Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal", en *Nuevo Foro Penal*, Vol. 021, N° 0060, Medellín, Universidad EAFIT 1999.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho Penal Fundamental 1*, tercera edición, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2004.

VELASQUEZ VELASQUEZ, FERNANDO. *Derecho Penal Parte General*. Editorial TEMIS, tercera edición. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1997

FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, trad. Ibáñez, Perfecto Andrés, Ruiz Miguel, Alfonso, Bayón Mohino, Juan Carlos, Terradillos Basoco, Juan, Cantarero Bandrés, Rocío, 7 editorial Madrid, Trotta, 2005.

PABON PARRA, PEDRO ALONSO. *Manual de Derecho Penal*. Ediciones Doctrina y Ley, Primera Edición. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1994.

ROXIN CLAUS, *Derecho Penal Parte General*. Ed. Civitas

SENTENCIAS CITADAS:

CORTE CONSTITUCIONAL:

- Sentencia del 11 de noviembre de 1993. Radicado: C-531. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia del 5 de febrero de 1993. Radicado: C-171 de 1993. M.P., Blafimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia del 1 de julio de 1994. Radicado: C-300 de 1994. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia del 10 de agosto de 1998. Radicado: C-402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia de tutela del 13 de julio de 1999. Radicado: T-504/99.M.P. Carlos Gaviria Diaz.
- Sentencia del 29 de agosto de 2001. Radicado: C-922/2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia de Tutela del 4 de octubre de 2002. Radicado: T-824A/02. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA DE CASACION PENAL:

- Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Rad. 11885. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterada en fallo del 20 de mayo de 2008 Rad. 23538.
- Sentencia del 16 de febrero de 2005. Radicado 23006. M.P. Alfredo Gómez Quintero.
- Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado 22813. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón
- Sentencia del 16 de junio de 2006. Radicado 25215. M.P., Alvaro Orlando Perez Pinzon.
- Sentencia del 26 de agosto 2009. Radicado: 26136. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Sentencia del 24 de junio de 2009. Radicado 31401. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- Sentencia del 19 de agosto de 2009. Radicado 31790. M.P., Jorge Luis Quintero Milanes.
- Sentencia del 25 de agosto de 2010. Radicado 31407. M.P., María del Rosario Gonzales de Lemos.