

Medellín, diciembre del 2024

Honorables Magistrados  
**CORTE CONSTITUCIONAL**

E.S.D.

**REFERENCIA: Acción pública de inconstitucionalidad. Artículo 7 de la ley 2197 del 2022**, artículo corregido por el artículo 4 del Decreto 207 de 2022, que modifica el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, adicionando el numeral 19.

Cordial saludo:

Juan Fernando Gutiérrez Márquez y Esteban Valencia Giraldo, colombianos, identificados con la cédula de ciudadanía 71.690.759 y 1.036.952.131, respectivamente, domiciliados en la ciudad de Medellín, en ejercicio de nuestros derechos y deberes consagrados en los artículos 40 numeral 6° y 95 numeral 7° de la Constitución Política, presentamos la siguiente acción pública de inconstitucionalidad.

## **I. DISPOSICIÓN DEMANDADA**

Artículo 7 de la ley 2197 del 2022, artículo corregido por el artículo 4 del Decreto 207 de 2022, que modifica el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, adicionando el numeral 19, por tal motivo, se transcribe a continuación el texto de la disposición demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 51.928 de 25 de enero de 2022, subrayando los apartes acusados de inconstitucionalidad.

### **“LEY 2197 DE 2022**

(Enero 25)

Diario Oficial No. 51.928 de 25 de enero de 2022

### **PODER PÚBLICO – RAMA LEGISLATIVA**

Por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones.

### **EL CONGRESO DE COLOMBIA**

**DECRETA:**

### **TÍTULO I**

### **DISPOSICIONES GENERALES**

**Artículo 7.** Artículo corregido por el artículo 4 del Decreto 207 de 2022. El nuevo texto es el siguiente: Modifíquese el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, adiciona los numerales 19, 20, 21 y el párrafo, el cual quedará así:

**Artículo 58. Circunstancias de mayor punibilidad.** Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

**Numeral 19.** Cuando el procesado, dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible, haya sido condenado mediante sentencia en firme por delito doloso”.

## II. NORMAS INFRINGIDAS

Se consideran infringidos con la disposición señalada los artículos: 29, 93 y 248 de la Constitución Política de Colombia; el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 74 de 1968, y el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Ley 16 de 1972.

### CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA:

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

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

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

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

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

**Artículo 93.** 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 humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas

y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

**Artículo 248.** Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.

### **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:**

**Artículo 14.7.** Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

### **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS:**

**Artículo 8.4.** El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

## **III. COMPETENCIA**

La Corte Constitucional es competente para conocer de esta acción de inconstitucionalidad, dirigida en contra de disposiciones contempladas en el Artículo 7 de la Ley 2197 del 2022, artículo corregido por el artículo 4 del Decreto 207 de 2022, que modifica el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, adicionando el numeral 19.

De conformidad con el artículo 241, numeral 4, de la Constitución, a la Corte Constitucional corresponde: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

## **IV. CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

#### **4.1. TRANSGRESIÓN DEL ARTÍCULO 29 CONSTITUCIONAL; DEL ARTÍCULO 8.4 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DEL ARTÍCULO 14.7 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.**

El non bis in ídem es una de las garantías fundamentales que integran el derecho fundamental al debido proceso y representa una reivindicación ciudadana frente al Estado, estableciéndose como barrera infranqueable al ius puniendi, al proscribir que la persecución y eventual sanción penal se ejerza de forma arbitraria e irracional. Sobre este principio ha sido clara la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

*El principio constituye una garantía esencial del derecho penal y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, de modo que se prohíbe al legislador sancionar una misma conducta a través de distintos tipos penales en una misma rama del derecho. (Sentencia C-620 del 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería).*

Esa proscripción de ser juzgado dos veces por un mismo hecho no es privativa de la especialidad penal, sino también de cualquier proceso de naturaleza sancionatoria, puesto que este principio fundamental pretende salvaguardar que no se produzca una doble injerencia estatal en los derechos fundamentales de los asociados a causa de un mismo hecho. No obstante, esta garantía no solo se trasgrede en el proceso de criminalización secundaria, sino que, en su primera fase, el legislador también puede trasgredir este mandato del Constituyente. Sobre este particular se ha puntualizado que,

*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. (Sentencia C-870 del 2002, M.P. José Manuel Cepeda Espinosa).*

Queda claro, el Constituyente Primario impartió un mandato concreto de obligatorio cumplimiento y observancia para el Constituyente Derivado, esto es, que por un mismo hecho, desde el plano sustancial, no se sancione dos veces;

y en cuanto al ámbito procesal, que no se surta más de un proceso penal, ello con el fin de salvaguardar la seguridad y coherencia del ordenamiento jurídico, así como la justicia material, pues este principio

*implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concorra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión.*

*En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio non bis in ídem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material. (Sentencia C-870 del 2002, M.P. José Manuel Cepeda Espinosa).*

En su jurisprudencia, concretamente en la sentencia C-244 de 1996, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional indicó que se configura un bis in ídem cuando existe identidad de sujeto, objeto y causa. Al respecto puntualizó:

*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.*

Además, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de precisar el alcance que debe dársele a este derecho fundamental, así, en la sentencia del 26 de marzo de 2007, proceso número 25629, con ponencia del Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, expresó que este principio tiene un alcance que comprende lo siguiente:

*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 extractar 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.*

En términos sustanciales, decantado está que el análisis jurídico penal del artículo 9 de la Ley 599 recae sobre la conducta humana como sustantivo, este se adjetiva bajo los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. A pesar de que estos últimos pueden tener diversos fundamentos metodológicos, sea ontológico, normativo, atributivo, valorativo o una mixtura de estos, no se puede perder de vista que esos recaen sobre la conducta humana como elemento esencial e indispensable de la teoría del delito, a partir de la cual se realizan los análisis que la adjetivan y permiten atribuir responsabilidad penal.

Siendo la acción humana el centro de atención de la construcción dogmática de la teoría del delito, recogida en gran medida por el legislador en la parte general de la Ley 599 del 2000, la conducta se somete al estrato analítico que suponen la tipicidad y antijuridicidad. En este juicio de injusto, se desvalora la acción que supone una afrenta contra los bienes jurídicos tutelados penalmente y se desvalora que esa conducta se haya materializado en un resultado o en el caso de los bienes jurídicos colectivos o institucionales en un peligro potencialmente lesivo.

En ese orden de ideas, es claro que sobre una misma conducta no se puede emitir un doble desvalor, pues equivaldría a desprender dos consecuencias jurídicas de un solo dato ontológico o de realidad; por ello, en gracia de la proscripción del bis in ídem, estos desvalores no se pueden duplicar, sin embargo, la disposición normativa acusada, esto es, el artículo 7 de la Ley 2197 del 2022, habilita al fallador para tener en cuenta al momento de dosificar la pena una circunstancia de mayor punibilidad, exclusivamente soportada por una conducta que, en un proceso penal previo, fue desvalorada en el juicio de injusto, reprochada penalmente en sede de culpabilidad y efectivamente sancionada. Salta a la vista, con base en un mismo hecho, se obtienen dos consecuencias penales: en el primer proceso la pena y en el segundo como

criterio de mayor punibilidad, de mayor sanción frente a la pena como justificación de dicho incremento.

De esta manera, ineluctablemente se está contrariando la Norma Superior en tanto se desvalora nuevamente un hecho para que obre en otro proceso agravando la pena a imponer, es decir, una misma acción se utiliza de forma simultánea, en primer lugar para imponer una pena en virtud de un proceso penal inicial (acaecido “dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible”) y posteriormente, en segundo lugar, como criterio de mayor punibilidad, para aumentar la pena, en razón de esa condena impuesta previamente en un proceso penal completamente diferente.

Ahora bien, entendida la conducta como dato de realidad, no es posible, en virtud del non bis in ídem como mandato del Constituyente Primario, someterla de manera injustificada, como materialmente lo hace la norma acusada, a un doble juicio de desvalor, trasgrediendo el precitado mandato constitucional, decayendo este y la exigencia que apareja frente al castigo estatal de no imponer dos veces una sanción por un mismo hecho.

Sobra decir, la garantía fundamental del non bis in ídem, no solo ampara, en términos objetivos, el hecho de que se tipifique dos veces una misma conducta, sino también la imposibilidad judicial para desvalorar un mismo hecho, sea en el tipo, un agravante específico o en una circunstancia de mayor punibilidad, pues de no ser así, supondría que una misma conducta se desvalorara jurídicamente de forma duplicada, imponiendo una doble sanción, o como en el caso de la norma acusada, incrementando una pena en razón de otra pena ya impuesta.

Siguiendo la tradición liberal según la cual la interpretación de la parte valorativa de la Carta Política, por estar compuesta de costosas conquistas ciudadanas frente al Estado, debe ser siempre de forma restrictiva en lo atiente al ius puniendi, pero de forma favorable al ciudadano, se demanda que las normas relacionadas con la dosimetría penal no escapen a esa interpretación constitucional, por esto, la proscripción superior respecto del bis in ídem irradia ese espectro normativo, siendo abiertamente inconstitucional que al individualizar la pena se utilice como circunstancia de mayor punibilidad una conducta previamente punida, encontrándose la norma impugnada en franca contradicción con la Carta Política, pues del enunciado normativo “cuando el procesado, dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible, haya sido condenado mediante sentencia en firme por delito doloso” ciertamente se está desprendiendo una mayor punición por una conducta que ya se valoró y sobre la cual se profirió sanción, por lo que conservar esta norma dentro del ordenamiento jurídico equivaldría a avalar una irrazonable expansión del sistema penal en detrimento de la Constitución Política nacional.

Sabiendo que la Norma Fundamental encuentra justificada la violencia estatal, representada en el sistema penal, en la medida que permite salvaguardar bienes jurídicos, entonces podemos concluir que, por una misma conducta lesiva de estos, o al menos en abstracto peligrosa para los mismos, solo se puede imponer una sanción, máxime, en la medida en que solo se ha desplegado una conducta contraria a esos bienes jurídicos, a pesar de la irreductibilidad de esto, por una misma conducta, lesiva de un determinado bien jurídico penalmente tutelado, como se ha dicho, la norma acusada deriva dos consecuencias jurídica, la condena en el proceso inicial, y en razón de esta misma, la agravación de la pena en el posterior iter procesal.

Es manifiesto entonces que la norma acusada permite imponer una pena en razón de una acción que ya se desvaloró y se sancionó con pena, no obstante, la reincidencia del autor en conductas penales no puede justificar la duplicidad desproporcionada de la intervención penal en los derechos fundamentales de los asociados, saltando a la vista que no se sobrepasan los criterios del test de proporcionalidad, máxime cuando *“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”* (Sentencia C-181 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Desarrollado el test de proporcionalidad, en sede de necesidad, la norma impugnada por constitucionalidad no sobrepasa este estrato analítico puesto que, para la individualización de la pena, por haberse superado los juicios de injusto y culpabilidad, en primer orden se realiza la operación atinente a la fijación del marco punitivo abstracto que fija cada tipo penal, después se agrava si concurren normas de esta naturaleza y finalmente, se analiza la configuración de las circunstancias de mayor punibilidad, todo esto, para el caso concreto de una determinada acción, resultando abiertamente innecesaria apelar a una condena previa para punir la conducta, cuando esta efectivamente se puede imponer en razón del injusto y la culpabilidad, sin quebrar la garantía constitucional del non bis in ídem al agravar la pena con la reincidencia como único argumento.

Como mencionamos, si la necesidad de la pena se agota en la protección de bienes jurídicos y las funciones que a esta le asigna el artículo 4 de la Ley 599 del 2000, no se entiende cuál es la necesidad de agravar una pena por una acción ya penada en un proceso precedente.

Tampoco es idóneo que “cuando el procesado, dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible, haya sido condenado mediante sentencia en firme por delito doloso” se modifique la pena a imponer, puesto que la idoneidad de la sanción penal esta demarcada por el grado de culpabilidad y dentro de este juicio no se valora la comisión de otras conductas o la reincidencia, como argumentaremos posteriormente. La Carta Política aborrece el derecho penal de autor, por lo que lo que en precedencia haya hecho el penado, en nada puede influir en la pena.

Finalmente, frente a la proporcionalidad en sentido estricto, este es el estrato analítico del test en que igual se advierte que la norma acusada contraría el mandato superior del non bis in ídem, pues al confrontar los extremos en contraposición, a saber, por un lado la aplicación del ius puniendi en el quantum punitivo mayor en razón de la reincidencia y por el otro, el núcleo esencial de la garantía constitucional que proscribe la doble sanción por un mismo hecho, encontramos que no hay proporcionalidad alguna en desvalorar jurídicamente de forma duplicada una misma conducta, siendo inentendible la relación que ambos procesos podrían llegar a tener cuando las individualizaciones de las penas se encuentran separadas por un interregno de hasta 60 meses, siendo evidente que el único elemento común entre las dos dosificaciones es que de una sola acción se desprenden dos consecuencias jurídicas en diferentes cuerdas procesales, en una imponiendo la pena y en otra agravándola, aflorando entonces la incompatibilidad de la norma impugnada con Carta Política y en consecuencia deviniendo inconstitucional.

La punibilidad tampoco se puede agravar injustificada y desproporcionadamente, como lo sería hacerlo por una conducta anterior sobre el cual ya se emitió sanción, sería revivir esa acción ya punida, sobrepasar el fenómeno procesal de la cosa juzgada para que obre nuevamente como circunstancia de mayor punibilidad y agrave una nueva condena que nada tiene que ver con la sentencia condenatoria pasada, no habiendo proporción en el hecho de que una conducta sirva de base fáctica para derivar consecuencias penales de forma simultánea para dos condenas penales, sobrepasándose la legitimidad ético política de la sanción penal.

Surtido el test de proporcionalidad, se puede concluir que la disposición normativa “cuando el procesado, dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible, haya sido condenado mediante sentencia en firme por delito doloso”, no es necesaria, idónea o proporcional, pero además, como se ha expuesto, conculca el principio fundamental del non bis in ídem y por ello debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

#### **4.2. TRANSGRESIÓN DEL ARTÍCULO 29 CONSTITUCIONAL. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.**

El principio de culpabilidad también encuentra su consagración constitucional en el artículo 29 de la Norma Fundamental. Aunque está íntimamente vinculado con la dignidad humana, representa el baluarte más alto en términos penales, pues es un mandato inquebrantable del Constituyente Primario encaminado a la protección del individuo, prescribiendo un claro límite para la intervención penal en los derechos fundamentales, en tanto solo se puede atribuir responsabilidad penal por los hechos que de forma individual y subjetivamente se hayan cometido.

Sobre las implicaciones y consecuencias del principio de culpabilidad, se ha sentenciado:

*El principio de culpabilidad, derivado de artículo 29 de la Carta Política y que en nuestro ordenamiento tiene las siguientes consecuencias: (i) El Derecho penal de acto, por el cual “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino 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. (iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, 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. (Sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*

Según este último aspecto señalado por el Tribunal Constitucional, del principio de culpabilidad deviene la categoría dogmática de la culpabilidad, positivizada en el artículo 12 de la Ley 599 del 2000, también denominado juicio de exigibilidad, reproche o de responsabilidad; esta constituye el tercer estrato analítico al cual se somete la acción y contiene, a su vez, la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y el juicio de reproche, es decir, el análisis de los aspectos objetivos de la conducta.

La relación entre injusto y culpabilidad no solo es de necesidad, sino también de complementariedad, pues no es posible afirmar que una conducta es delictiva si el análisis se queda meramente en el injusto personal, en tanto este se debe someter a la valoración de las condiciones personales del autor, para posteriormente, de proceder, exigirle al sujeto activo de la conducta un comportamiento conforme a derecho y reprocharle no haberlo hecho, cuando se acredite que efectivamente podía actuar según demandaba el ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, el juicio de exigibilidad es el que habilita o deniega la aplicación del poder punitivo del Estado, en la medida que permite establecer cuál es el nivel de reproche que el ordenamiento jurídico debe realizar sobre el injusto.

Dicho de otra manera, la conducta que ha sido desvalorada en su acción y resultado en el juicio de injusto debe ser, a su vez, sometida a otro estrato normativo, el de la culpabilidad; este permite determinar, en primer lugar, si objetivamente hay lugar a predicar que la conducta puede denominarse delito y, en segundo lugar, cuál es el grado de reproche penal que a esa conducta le cabe, partiendo del grado de exigibilidad en el que ha de verificarse cuáles eran las condiciones materiales del individuo y según las cuales estaba en posición de actuar conforme a la disposición normativa emanada del tipo penal en el cual encaja el comportamiento desvalorado.

Bajo este razonamiento, no admite contradicción alguna afirmar que en un ordenamiento democrático, la medida de la culpabilidad debe ser la única que determine el marco de la pena imponible, en tanto constitucionalmente el juicio de reproche es el único instrumento que permite dosificarla, por lo cual la culpabilidad fija un verdadero límite de intervención penal en la esfera a la libertad individual, pues supedita la dosimetría penal a una determinada conducta reprochada, exigiendo del sentenciador un apego irrestricto al fijar la sanción exclusivamente con base en una conducta puntual, previamente desvalorada en el injusto y salvaguardando la proporcionalidad que debe existir, según la Norma Superior, entra el nivel de reproche y pena.

A su vez, esto permite colegir que la categoría dogmática de la culpabilidad integra el mandato constitucional de proporcionalidad, puesto que ese se irradia al sistema de imputación de responsabilidad penal entre el hecho cometido y la sanción, de forma tal que, si la medida de la culpabilidad es la que, de forma exclusiva, determina la pena, esta última debe ser estrictamente proporcional a la culpabilidad del hecho desvalorado en el juicio de injusto, garantizándose de esta manera que no se incurrirá en un exceso que tornaría la pena desproporcionada y en consecuencia inconstitucional.

No sobra recordar, con base en el hilo argumental desarrollado, que nuestra Constitución Política avala exclusivamente un sistema de responsabilidad penal según el cual, en virtud del principio de culpabilidad, solo se puede imponer una pena con base en el hecho que se ha sometido a los juicios de injusto y exigibilidad, de lo contrario, eludir estos, equivaldría a imponer una pena carente de legitimidad constitucional.

Por esto, el artículo 7 de la Ley 2197 del 2022 que modificó el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, adicionando el numeral 19, estableciendo que “cuando el procesado, dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible, haya sido condenado mediante sentencia en firme por delito doloso” quiebra por completo el principio de culpabilidad, pues omitiendo el mandato del Constituyente Primario, habilita la aplicación de una circunstancia de mayor punibilidad al momento de la dosificación de la pena que nada tiene que ver con el hecho sometido al nuevo reproche.

Si entendemos que las circunstancias de mayor punibilidad son el conjunto de normas que nuestro legislador estimó, al momento de dosificar la pena, el juez debe tener en cuenta si concurren para la ampliación del marco punitivo abstracto sobre el que se establecen los cuartos entre los que ha de moverse a la hora de fijar la pena, entonces, en virtud de los principios de defensa y contradicción, estas circunstancias deben ser imputadas, en su aspecto factico y jurídico, desde la audiencia de imputación de cargos o desde el traslado del escrito de acusación, según sea el caso. Ahora bien, el legislador, como constituyente derivado, no se puede sustraer de la Constitución Política, particularmente de esos mandatos que el constituyente primario le encomendó

debía proteger en el curso de la actividad legislativa, de tal manera que, en virtud a la libre configuración legislativa, debe respetar unos determinados ejes axiales, verbigracia, el principio de culpabilidad, según el cual, no puede haber pena o agravarse una por conducta que escape al hecho puntual que se este juzgado, y en consecuencia, a los juicios de injusto y reproche que se están efectuando en razón de esa acción, que ha desencadenado una concreta acusación y en razón de la cual se ha suscitado un proceso penal, máxime cuando esa situación constitutiva de mayor punibilidad ya fue penada en un proceso anterior.

Lo anterior se instituye como una garantía constitucional de que solo se habilitará el paso de intervención del ius puniendi en la esfera de la libertad personal, en la medida en que la sanción penal respete el baremo establecido en razón del principio de responsabilidad penal por el acto y jamás por hechos diferentes a los juzgados (y menos por hechos que ya fueron juzgados anteriormente), como de forma abiertamente inconstitucional establece la norma en cuestión, pues permite fijar la pena en razón de la reincidencia, factor que de ninguna manera cabe en los desvalores efectuados en el juicio de injusto y menos aún en el juicio de reproche, pues este tiene por objeto de valoración precisamente el injusto, por lo cual, la reincidencia jamás es un elemento a tener en cuenta en la culpabilidad del sujeto y en consecuencia tampoco puede ser tenida en cuenta para la punibilidad del mismo.

#### **4.3. TRANSGRESIÓN DEL ARTÍCULO 29 CONSTITUCIONAL. DERECHO PENAL DE ACTO.**

Derivado del principio de culpabilidad, encontramos la prescripción constitucional del derecho penal de acto en contraposición del repudiado derecho penal de autor, pues la adopción de este último es propio de los ordenamientos jurídicos totalitarios, en los que el poder punitivo se utiliza como medio para la persecución y criminalización de enemigos, opositores, detractores o simples sujetos incómodos al poder, en resumen, corresponde a un modelo penal autoritario, absolutamente inadmisibles en un Estado que se precie de ser democrático. Por eso, acertadamente se ha dicho:

*Respecto al derecho a ser juzgado por el acto cometido, la Corte Constitucional considera que éste no puede ser sometido a limitación alguna. La transición a un modelo democrático, así como al Estado social de Derecho, implicó el tratamiento punitivo de las personas a partir de la voluntad sus acciones. En otras palabras, se abandonaron reglas basadas en el perfil de la persona o su historia, y se desarrollaron reglas a partir de la conducta desplegada. (Sentencia C-567 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos).*

Como hemos expuesto, según lo demanda el principio de culpabilidad, la responsabilidad penal solo se puede derivar de una conducta concreta, por ello

no hay cabida en nuestro ordenamiento constitucional a endilgar responsabilidad penal o agravar una sanción, como avala la norma impugnada, por la personalidad, las conductas pasadas, los antecedentes, la historia o la peligrosidad del autor; este planteamiento está sumamente decantado en la jurisprudencia constitucional, como lo enseña la C-365 de 2012.

Bajo la prohibición del derecho penal de autor, la expresión “cuando el procesado, dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible, haya sido condenado mediante sentencia en firme por delito doloso”, violenta el principio constitucional según el cual el derecho penal es siempre de acto, ya que la sanción penal solo puede obedecer de forma exclusiva a lo que el sujeto efectivamente ha hecho y no a su historia personal, su reincidencia, condiciones propias de su personalidad, raza, sexo, credo, ideología política o asuntos propios del fuero interno. En ese sentido, ha manifestado la Corte Constitucional:

*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. (Sentencia C-181 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).*

Ante el hecho que la norma impugnada indica “cuando el procesado, dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible, haya sido condenado mediante sentencia en firme por delito doloso”, no cabe duda que se está agravando la pena del autor por su condición de reincidente, interviniendo penalmente de manera profunda en sus derechos fundamentales por esta condición. Sin duda, la norma acusada no se apega al principio del derecho penal de acto, confrontando toscamente la Constitución Política, pues la agravación de la pena no se da por la conducta cometida en un momento puntual, sometida a los juicios de injusto y exigibilidad, sino por el historial judicial del autor, en virtud del cual, incluso, este ya ha sido sujeto de una condena penal.

Tener en cuenta los antecedentes judiciales del condenado para configurar una causal de mayor punibilidad, como lo hace la expresión impugnada, ineludiblemente crea un autor, un sujeto al cual, con espurios pretextos, como su historial personal o la sanción previa, se le agrava una nueva condena, sobrepasando ilegítimamente las barreras constitucionales erigidas precisamente para contener un irracional poder punitivo de ese calado, materializado en normas como la acusada; ciertamente esta constituye una auténtica manifestación del derecho penal de autor, dirigida contra un concreto grupo social, los reincidentes, situación que recuerda oscuros episodios en los cuales el Estado despreciaba algunos grupos sociales y se ensañaba en vulnerar sus derechos fundamentales a través del derecho penal. Cabría preguntarse cuál es la necesidad o justificación que asiste al legislador para agravar la pena de

un sujeto que ya será efectivamente condenado y recibirá su sanción penal, ¿acaso puede absolverse esta pregunta aduciendo como única razón la reincidencia? En todo caso, este argumento resulta contrario a nuestra Carta Política según ha expresado el honorable Tribunal Constitucional, al afirmar:

*Este principio implica, además de los análisis relacionados con la culpabilidad, la regla según la cual ninguna persona puede ser juzgada a partir de criterios biológicos, psicológicos o históricos. Ello significa, que una persona no puede ser procesada por el simple hecho de haber cometido conductas en el pasado, las cuales son reprochables, al estar tipificadas en la ley y ser antijurídicas a los bienes jurídicos tutelados. De lo contrario, no solo se retornaría al modelo de derecho penal de autor, sino que también se desconocería el fin resocializador de la pena, consistente en permitir que la persona, una vez cumplida su sanción, pueda participar nuevamente en comunidad, sin que sufra etiquetamiento alguno. (Sentencia C-567 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos).*

La Constitución Política rechaza las normas que dan cabida a un modelo penal de autor, pues se acepta que el sujeto no puede ser punido por su pasado, en tanto nuestra Norma Fundamental encuentra sustento en el axioma inquebrantable de la culpabilidad, esto implica que al individuo solo se le puede someter a la sanción penal materialmente justa, en razón a un comportamiento concreto y jamás con base en sus antecedentes, pues estos no pueden ser equiparables a un lastre que siempre acompañen al hombre, al punto que se valoren incluso para aumentar una nueva condena penal que nada tiene que ver con la primera.

Indiscutiblemente la norma impugnada está tomando el historial personal del autor y su personalidad reincidente para agravar la pena, incorporando al ordenamiento jurídico la culpabilidad por conducción de la vida, desterrada por nuestra Norma Superior, pues en definitiva, aumentar la pena a imponer, entendiendo que una condena previa se debe tener en cuenta como circunstancia de mayor punibilidad, equivale a decir que el sujeto es más culpable por cómo ha conducido su trayectoria de vida; materialmente se está autorizando al sentenciador a valorar este curso vital, a entender que el sujeto es más culpable y que, en consecuencia, merece mayor sanción porque cuenta con antecedentes penales, contraviniendo de forma flagrante el mandato constitucional del derecho penal de acto.

Cuando se aplica la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el Artículo 7, de la ley 2197 del 2022, que modifica el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, adicionando el numeral 19, aduciendo la peligrosidad del procesado y esta última se sustenta únicamente en hechos que ya han sido abordados en otra condena, objetivamente se está realizando una valoración del pasado del autor y de su personalidad, lo que equivale a agravar la pena con base en lo que el procesado ha sido y como ha conducido su vida; por esto, el apartado normativo acusado no soporta un control de constitucionalidad, ni tampoco de

convencionalidad, pues en la normativa supranacional, también se encuentra la expresa proscripción del derecho penal de autor.

La presente acción pública por inconstitucionalidad cumple con los requisitos que señala el artículo 2 del decreto 2067 de 1991. Además, con la argumentación expuesta se satisfacen los criterios o requisitos de admisibilidad de certeza, claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia exigidos a partir de la sentencia C-1052 de 2001, por lo que elevamos la siguiente

## V. PRETENSIÓN

Solicitamos a la Honorable Corte Constitucional declarar la inexecutable del enunciado “Cuando el procesado, dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible, haya sido condenado mediante sentencia en firme por delito doloso”, contenido en el Artículo 7, de la ley 2197 del 2022, artículo corregido por el artículo 4 del Decreto 207 de 2022; que modifica el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, adicionando el numeral 19.

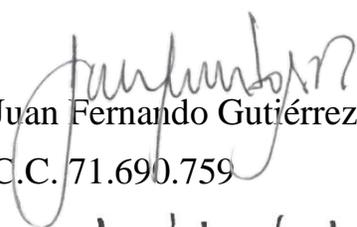
## VI. ANEXOS

Se anexa la fotocopia de la cédula de los demandantes.

## VII. NOTIFICACIONES

Las recibiremos en la Secretaría de la Corte y en la Carrera 43ª No. 9 Sur-91, Centro de Negocios Las Villas, torre norte, oficina 601, Medellín, teléfono 6043131213. Correo electrónico [jjfnando@hotmail.com](mailto:jjfnando@hotmail.com)

Cordialmente,

  
Juan Fernando Gutiérrez M.  
C.C. 71.690.759

  
Esteban Valencia Giraldo  
C.C. 1.036.952.131