

¿HACIA UNA NUEVA ESQUEMATIZACIÓN DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO
PENAL COLOMBIANO?

¿SE DEBE MODIFICAR SU ESTRUCTURA ESPECIAL?



KAREN JINNETH BRITEL OSPITIA
FREDDY ANDRÉS CAMELO LÓPEZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
2018

¿HACIA UNA NUEVA ESQUEMATIZACIÓN DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO
PENAL COLOMBIANO?

¿SE DEBE MODIFICAR SU ESTRUCTURA ESPECIAL?

KAREN JINNETH BRITEL OSPITIA
FREDDY ANDRÉS CAMELO LÓPEZ

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de abogado

Asesor
EDGAR BÁRCENAS ESPITIA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
2018

Nota de aceptación

DR. CIRO NOLBERTO GÜECHA MEDINA

Decano de Facultad

EDGAR BÁRCENAS ESPITIA

Director Trabajo de Grado

JUAN CARLOS ARIAS DUQUE

Jurado

JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA

Jurado

Agradecimientos

En primer lugar quiero agradecer a Dios, por ser mi guía y bendecirme siempre, por permitirme cursar esta carrera, por no dejarme desfallecer y por amarme tanto.

Agradezco a mis padres Omar y Adriana, por ser las bases de todo en mi vida, por formarme como la persona que hoy soy, por los valores inculcados. Por tantos desvelos y madrugadas para acompañarme en cada momento. Por su recalcitrante e incansable esfuerzo para brindarme todo; su amor, paciencia, apoyo, tiempo y dedicación. Por ayudarme para poder estudiar esta carrera. Las palabras no son suficientes para expresar mi agradecimiento con ustedes, simplemente gracias porque sin ustedes no sería lo que soy, ni estaría donde estoy, los amo.

A mis demás familiares que hicieron parte de este proceso, que me acompañaron y apoyaron en cada momento, a mis sobrinas, que son luz en mi vida, que me motivan a seguir adelante, a continuar siempre, son una bendición.

A Alejandro, por creer siempre en mí, motivarme en cada momento a alcanzar mis metas y a no rendirme en este camino.

A mi compañero de tesis Fredy Camelo, porque más que mi compañero en este proyecto; es mi amigo, gracias por tu amistad incondicional. Gracias por la paciencia, entereza y longanimidad, que hicieron posible la realización de esta investigación.

A nuestro tutor de tesis quien fue nuestro profesor durante la carrera, que nos inspiró por su forma de ser, por tratarse de una persona íntegra, un abogado excelente y un docente sin igual, gracias por inculcarnos el amor y la pasión al derecho penal, por guiarnos en este proyecto.

Karen Britel Ospitia

Agradecimientos

Agradezco a mi familia por acompañarme incondicionalmente en este proceso académico, en especial a mi madre y a mi padre, gracias por impulsarme a ser buena persona a lo largo de mi vida, por trabajar incansablemente para formarme humana y académicamente.

Al profesor Edgar Bárcenas, pues debido a sus enseñanzas e ideas nació, tomó forma y se concretó el presente trabajo. Estaré siempre agradecido por el íntegro acompañamiento que nos ofreció a lo largo de este camino.

A la coautora de esta monografía, la academia unió nuestros caminos y nuestra amistad los mantendrá juntos.

A mis amigos y amigas, por sus palabras y distintos gestos de apoyo, es cierto que soy afortunado al tenerlos en mi vida.

Freddy Andrés Camelo López

Contenido

Lista de anexos.....	7
Resumen.....	8
Introducción	9
PRIMERA PARTE	10
Aproximación teórica al neoconstitucionalismo	10
Principios a tener en cuenta para la creación, transformación o supresión de tipos penales. Los principios de necesidad y de lesividad y el principio de materialidad de la acción.	15
Consideraciones sobre el bien jurídico.....	19
Bien jurídico como elemento estructural del Código Penal.	22
SEGUNDA PARTE.....	26
El principio del non bis in ídem como un principio irreductible del derecho constitucional y del derecho penal.....	26
A. Concepto de Debido proceso inmerso en el proceso penal.	27
B. Concepto de non bis in ídem.....	30
La unidad de acción y la pluralidad de delitos.	39
Análisis jurisprudencial	45
Conclusiones	66
Referencias bibliográficas.....	70

Lista de anexos

Anexo 1. Delitos clasificados por conducta

Resumen

El presente trabajo de grado sienta las bases que apuntan hacia una nueva esquematización de la parte especial del código penal colombiano tomando como referencia las tesis neoconstitucionalistas que orientan el sistema constitucional colombiano, los planteamientos esgrimidos desde la escuela garantista del derecho penal en lo que concierne a qué prohibir, el origen, evolución y actual aplicación del concepto de bien jurídico en materia penal, los distintos ámbitos de aplicación del principio del non bis in ídem y la teoría de la unidad de acción y pluralidad de delitos.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, acción penalmente relevante, Código Penal, bien jurídico, non bis in ídem, unidad de acción, pluralidad de delitos, concursos, garantismo.

Introducción

Cuestionarse sobre lo establecido y encontrar las respuestas acerca de estas inquietudes utilizando diversas fórmulas o métodos es la esencia del saber universitario. Las preguntas que dan título a este trabajo nos fueron formuladas un tiempo atrás en esta misma universidad en el interior de nuestras aulas de clase, y ciertamente consideramos que toda duda legítima, planteada por un buen maestro tiene un potencial bastante fuerte para obtener una respuesta. Por lo tanto, nuestra principal pretensión al escribir las siguientes páginas no es únicamente presentar una cuestión, orientarla hacia una realidad y resolverla acorde a esta, sino motivar a recuperar esas características tan esenciales dentro del estudio universitario: aprender, cuestionarse, investigar y resolver.

El presente trabajo tendrá en su primera parte una aproximación teórica al significado del *neoconstitucionalismo* con el fin de acercar este concepto a nuestro contexto jurídico teniendo en cuenta que nuestra Constitución Política responde a dicha corriente. También se buscará dilucidar las implicaciones que dichos planteamientos tienen al momento de la creación de nuevos tipos penales.

Así mismo se realizará un dedicado análisis del concepto de acción dentro del derecho penal, estudiándolo a los ojos de nuestra Constitución Política Nacional y lo esbozado por los exponentes más relevantes del garantismo penal con el fin de determinar si la manera como esta esquematizado actualmente el Código Penal colombiano, en su parte especial, corresponde a la realidad social y a los nuevos parámetros constitucionales o si por el contrario se encuentra en entredicho debido a los criterios propio de un marco constitucional tradicional.

Con el mismo tipo de análisis también consideraremos el concepto de bien jurídico indagándonos sobre si aquel es el idóneo para estructurar un Código Penal a su alrededor.

Una vez resueltas estas cuestiones se tendrá a consideración un principio irreductible del derecho constitucional y del derecho penal: el principio del *non bis in idem, ne bis in idem o no dos veces por lo mismo*, reflexionando acerca de su condición como limitante del *ius puniendi* estatal y su alcance como garantía para el cumplimiento a cabalidad de los derechos fundamentales, en especial aquellos vinculados al debido proceso.

De la mano con lo anterior, se comentará sobre un presupuesto básico del derecho penal: la unidad de acción, así como todo lo que deriva de este, e igualmente se estudiará a través de distintas sentencias judiciales si el Estado colombiano reflejado en su poder judicial tiene en cuenta apropiadamente este presupuesto al momento de emitir una providencia penal condenatoria en contra de una persona.

Una vez respondida la pregunta acerca de si se debe o no modificar la estructura especial del código penal colombiano presentaremos las conclusiones a las que llegamos respecto a las cuestiones atinentes a la viabilidad de dicha re-estructuración.

Para finalizar anexaremos la re-estructuración que hemos realizado del código penal colombiano en su parte especial con el fin de ilustrar nuestra idea, llevándolo de esta forma a la realidad.

PRIMERA PARTE.

Aproximación teórica al neoconstitucionalismo

Nuestras preocupaciones frente a la parte especial de nuestro Código Penal se encuentran justificadas en primera medida desde el punto de vista constitucional, pues observamos que la esquematización del mismo, es decir, la forma en que se encuentran clasificados los delitos así como sus circunstancias de agravación, va en contravía de lo contenido en la Carta Magna de 1991

teniendo como resultado en varios casos el desconocimiento de los derechos fundamentales inmersos en la misma como lo explicaremos a lo largo del presente trabajo.

El concepto de derechos fundamentales ha sido ampliamente conceptualizado por la doctrina, según el profesor Robert Alexy (2005), los derechos fundamentales:

“(…) se encuentran consagrados en la Constitución en forma de principios y se caracterizan por tener el máximo rango dentro de la escala normativa que compone el ordenamiento jurídico, también por tener máxima fuerza jurídica y máxima importancia de objeto, puesto que con ellos se decide sobre la estructura básica de la sociedad, adicionalmente están formulados con el mayor grado de indeterminación, lo cual exige que en los casos en donde un derecho fundamental se vea involucrado, sea satisfecho en la mayor medida posible, dependiendo de los elementos fácticos concretos y de los demás derechos con los que pueda entrar en colisión”.

En la misma línea, encontramos que los derechos fundamentales son diferenciables respecto a las normas jurídicas; las últimas están compuestas por una estructura condicional hipotética: premisa mayor, premisa menor y consecuencia jurídica, mientras que cuando hablamos de derechos fundamentales normativizados, estos hacen referencia a valores que no dependen de un supuesto de hecho concreto, lo cual amplía el espectro en cuanto a sus grados de satisfacción y por tanto obliga a todos los actores jurídicos a propender que mediante sus decisiones se alcance el mayor grado de cumplimiento dadas las circunstancias y características específicas de cada caso concreto y mientras otros derechos fundamentales contrapuestos lo permitan. Es por esta razón que, desde la academia, y por supuesto desde este estudio, se insiste reiteradamente en que los principios constitucionales constituyan mandatos de optimización. (Alexy, 2005)

Para los propósitos de las propuestas que serán esgrimidas en esta tesis, es absolutamente necesario referirnos en primera medida a lo que significa el modelo constitucional colombiano y

por supuesto, qué lugar ocupa dentro de las nuevas tendencias jurídicas. López Medina (2002) explica que el neoconstitucionalismo “se encuentra posicionado en las denominadas corrientes anti formalistas, las cuales se caracterizan por poner en duda el valor indiscutible que se le ha dado a la ley en sentido formal como la herramienta más eficaz para la solución de problemas jurídicos”.

Por otro lado, el profesor Andrés Abel Rodríguez (2016) encuentra que “*el neoconstitucionalismo como una forma de concebir o reflexionar sobre un determinado modelo constitucional*” se puede concebir desde tres puntos de vista: el neoconstitucionalismo como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo metodológico y finalmente el neoconstitucionalismo como ideología.

El neoconstitucionalismo como teoría del derecho obedece a los constantes cambios que se introducen a un ordenamiento jurídico en razón de la implementación de determinado modelo constitucional, erigiéndose como una “*alternativa a la teoría del positivismo jurídico tradicional*”. (Rodríguez Villabona, 2016, pág. 216)

Lo anterior implica que se cambia la forma en que concebimos el derecho, como lo explica Prieto Sanchís (2003), dentro del neoconstitucionalismo surgen cinco características imprescindibles: “*(...) más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes (...); omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí (...)*”.

En este sentido encontramos que el neoconstitucionalismo renueva a la ciencia del derecho, otorgándole un rol más creativo combinando este con su función explicativa de los fenómenos

jurídicos, hecho que nos impulsa a proponer que la parte especial del Código Penal no se limite a describir un sinnúmero de conductas atentatorias a distintos bienes jurídicos, sino que, a partir de la clasificación de los delitos por un número reducido de conductas y sus respectivos agravantes motive a los operadores jurídicos a que ante la presencia de un problema jurídico no se restrinjan a actuar casi que mecánicamente aplicando el delito más gravoso o aquel que atente contra el bien jurídico con mayor trascendencia, sino que por el contrario encuentren la manera de resolver dicho problema aplicando la conducta que por su riqueza descriptiva resulte ser la más idónea.

Proponemos que los operadores judiciales hagan un uso efectivo de los valores y principios constitucionales sin importar si han sido desarrollados o no por el legislador, Cote-Barco (2008) nos explica que:

“(…) el nuevo-constitucionalismo propugna por una Constitución que contenga una fuerte carga axiológica, en forma de normas jurídicas con poder vinculante directo, de tal manera que los diferentes operadores jurídicos se vean obligados por ellas sin depender necesariamente del desarrollo que el legislador les dé; así pues, al tener la norma constitucional obligatoriedad propia, se hace indispensable su exigibilidad judicial”. (pág. 123)

Por otro lado, el neoconstitucionalismo metodológico nos lleva a cuestionar la forma en que tradicionalmente el positivismo jurídico ha separado el derecho entre lo que *es* y lo que *debería ser*. Este cuestionamiento se logra gracias a que los derechos fundamentales, los principios constitucionales y las normas rectoras inherentes a nuestro modelo constitucional representan una conexión necesaria entre derecho y moral, dando pie a romper la forma en que tradicionalmente hemos deslindado el *ser* con el *deber ser* para dar paso a una visión constructivista del derecho partiendo de lo que este realmente es pero siempre con miras a evolucionar al punto en que las futuras realidades jurídicas sean lo que *debería ser* y observando siempre que “(…) el respeto de

los derechos fundamentales establecidos por la Constitución Política y en los Tratados Internacionales -Bloque de Constitucionalidad ha[ga] las veces, al mismo tiempo, de objeto, finalidad y fundamento del sistema penal”. (Cote-Barco, 2008, pág. 126)

Coincidimos con la idea de que si bien la ciencia dogmática del derecho penal se debe seguir ocupando de mostrar el derecho *como es*, debe trascender a mostrarlo *cómo debe ser* y en consecuencia, *como no debería ser*, teniendo en cuenta que “(...) el derecho penal es [una]disciplina político-valorativa y no meramente lógico formal, [y] toda proposición acerca del Derecho penal que -es- contiene forzosamente una valoración del que -debe ser- (sea o no que ambas perspectivas coincidan)” (Fernández Carrasquilla, 2006, pág. 149). Lo que significaría hacer constantes ejercicios de dubitación y corrección sobre las normas jurídico-penales partiendo de la carga axiológica inmersa en la Carta Política pero sin dejar de lado el análisis lógico de las normas acorde al derecho positivo buscando su coherencia sistemática.

Finalmente, el neoconstitucionalismo como ideología reafirma la limitación del poder estatal, pero pone el acento en la garantía de los derechos fundamentales, cuestión que va perfectamente alineada con nuestra propuesta de limitar el poder del Estado - en especial el poder legislativo - entendiendo que este se ha extralimitado en los últimos años al crear gran cantidad de delitos que o bien, ya existían como delitos previamente o estaban contemplados como circunstancias de agravación punitiva, tendencia que responde a distintas causas entre las que sobresalen la carencia de una política criminal idónea y adecuada al contexto colombiano y el notable populismo punitivo por el cual se ganan adeptos a uno u otro partido o movimiento político.

En virtud de lo anterior es menester recordar que nuestra Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones respecto a la limitación del poder del legislador, estableciendo como fundamento y límite de aquel el respeto a los derechos constitucionales de las personas;

“Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”. (Corte Constitucional)

Nos alarma que se esté dejando el cumplimiento de los principios y máximas constitucionales a discrecionalidad del legislador, teniendo en cuenta que las determinaciones de aquel en materia penal se aceptan sin mayores reparos, dando un valor de absoluta veracidad a las mismas desde un punto de vista del deber ser del derecho o peor aún, entender lo relacionado con este deber ser como algo desligado de lo jurídico y que atañe únicamente al plano moral.

Principios a tener en cuenta para la creación, transformación o supresión de tipos penales. Los principios de necesidad y de lesividad y el principio de materialidad de la acción.

No hay una justicia perfecta, históricamente en las leyes positivas se han plasmado los intereses de las clases dominantes, esto es reconocido y explicado por el jurista italiano Luigi Ferrajoli (2004) de la siguiente manera: “[l]a relación de las leyes positivas con las condiciones históricas y geográficas de las concretas sociedades que la producen no es solo reconocida por el pensamiento ilustrado como un dato factico, sino también prescrita como criterio axiológico de

conveniencia o de justificación sustancial”. (pág. 462). Teniendo en cuenta esto, consideramos que no es posible afirmar que los principios que han integrado las garantías y criterios de validez al ordenamiento jurídico penal colombiano se vean realizados, esto por cuanto dichos principios expresan valores y en consecuencia su aplicación se deriva de juicios de valor susceptibles de múltiples opiniones. No obstante esta realidad, Ferrajoli (2004) no duda en afirmar que con tales principios “(...) se pueden formular criterios negativos/limitadores que sean realizables relativa y tendencialmente con el valor de condiciones necesarias, aunque no suficientes, de legitimidad”. (pág. 463), de ahí que la teoría del garantismo penal nos hable de los principios de necesidad y de lesividad y el principio de materialidad de la acción.

Antes de discernir sobre los principios de necesidad y lesividad hay que hacer una mención especial al principio de la separación de derecho y moral, el cual impide o trata de impedir la prohibición de comportamientos inmorales, estados de ánimo pervertidos, hostiles o incluso peligrosos y al mismo tiempo intenta obligar al derecho a no prohibir comportamientos que no resulten dañinos para terceros. Se hace referencia a esto porque de ahí se derivan nuestros dos primeros limitantes: el primero está integrado por el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales del que resultan a su vez el principio de la pena mínima necesaria y el principio de la máxima economía en la configuración de los delitos. Hacer uso de estas normas rectoras al momento de configurar un ordenamiento es absolutamente necesario en aras de evitar normas penales de carácter tiránico y su razón de ser está en la naturaleza misma de la intervención punitiva, que como se ha explicado se caracteriza por ser la forma de control social más invasiva y destructiva de los derechos fundamentales de las personas. El segundo limitante emerge de la consideración utilitarista de la necesidad penal como tutela de bienes fundamentales no garantizables de otro modo y se materializa en el principio de lesividad, es así como estos dos

limitantes se encuentran íntimamente ligados, pues la absoluta necesidad de las leyes penales a la que nos referimos en primer lugar termina siendo condicionada por la lesividad que represente para terceros los hechos penalizados.

Este último principio ha sido determinante a la hora de moldear y elaborar un estado de derecho moderno que vaya de la mano con un derecho penal reducido que funcione a favor de los menos favorecidos a través de la protección de derechos y garantías de carácter fundamental. Un programa de derecho penal mínimo como el que pretendemos exponer debe apuntar a una masiva reducción de los bienes penales así como de las prohibiciones legales como condición de su legitimidad política y jurídica. En palabras del jurista italiano el principio de lesividad actúa como una navaja de occam, ideal para excluir por injustificados muchos tipos penales consolidados y para restringir su extensión mediante cambios estructurales profundos.

Es momento ahora de hablar sobre el principio de materialidad de la acción, según el cual “(...) ningún daño por grave que sea puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción” (Ferrajoli, 2004, pág. 480), lo que implica que todos los delitos deben ser verificables en acciones humanas descritas de manera íntegra por la ley penal.

Igual que el principio de lesividad, este principio encuentra su fundamento en el utilitarismo jurídico, esta vez por dos motivos. El primero de ellos se explica a partir de que solo las acciones externas pueden lesionar o tener vocación de lesión a los derechos de terceros, siendo necesaria una relación de causalidad entre la acción y el resultado dañoso o peligroso. Nos debemos detener en este punto con el fin de precisar que concepto de acción es el adecuado para llegar al resultado propuesto en esta monografía, pues nuestra propuesta pretende provocar una reflexión sobre el concepto aludido. Consideramos que se debe partir siempre de una acción que este dotada de voluntad, o por lo menos voluntariedad, por parte del agente, es decir, una acción encaminada

hacia un propósito específico para el cual previo a su consecución se debió haber tenido conocimiento de lo que se quería lograr u obtener, o que teniendo la posibilidad de prever las consecuencias lesivas del actuar, haya hecho caso omiso de las mismas atentando contra un bien jurídicamente tutelado o lesionándolo. De esta manera excluimos de la categoría de acción en el marco del derecho penal todos aquellos resultados producidos sin tener en cuenta la esfera volitiva, así estos mismos puedan ser verificados en el mundo exterior y valorados jurídicamente. Con esto queremos la diferencia entre las nociones de acción natural y acción penal, pues un comportamiento que sea trascendente a la luz del Derecho Penal seguramente estará integrado por muchas acciones que le sean indiferentes al ámbito jurídico, pero que entrelazadas conforman la acción trascendente que interesa al Derecho.¹

En este sentido Ferrajoli distingue la materialidad de la acción criminal como *conditio sine qua non* de la lesividad del resultado, la cual a su vez se puede considerar como un hecho externo que se separa de la acción (como sucede en los delitos de resultado) o que se identifica con ella (como en los casos de los delitos de mera actividad). El segundo motivo por el que la exterioridad de la acción se fundamenta en el utilitarismo parte de los casos en donde penalizar un hecho no contribuye de manera efectiva a su prevención, sobre todo cuando se es imposible controlar su desobediencia.

Consideramos que la tipificación de actos internos y la judicialización de personas en eventos en donde no se ha acreditado la existencia de una acción son realidades que desconocen los dos aspectos esenciales del criterio de utilidad jurídica, yendo de esta forma en contravía de la función preventiva de la pena y del principio de legalidad, el cual - recordemos - posee un status de

“garantía irrenunciable contra el arbitrio punitivo y tiene como tal también el valor de un fundamental principio de justicia” (Ferrajoli, 2004, pág. 373).

Consideraciones sobre el bien jurídico

No es nuestra pretensión dejar de lado el bien jurídico y mucho menos ignorar la función que este cumple a los ojos del derecho penal colombiano. En nuestra propuesta académica converge el bien jurídico como limitante de la creación de tipos penales pero para poder llegar a este punto consideramos necesario detenernos a hacer un breve análisis del origen, historia y evolución del concepto.

Así pues, encontramos que la primera noción de bien jurídico data de los inicios del siglo XIX, en donde J.M.F. Birnbaum explicaba que por el contrario a lo que se había venido planteando los derechos no son los que se ven afectados por las conductas delictivas, pues un derecho a pesar de ser atacado o afectado no desaparece ni se ve disminuido como si pasa con los bienes jurídicos. (García, 2006).

Es a partir de esta teoría que se busca sustituir la teoría de los derechos subjetivos imperante para la época y además construir la idea de que el interés o bien tutelado por el derecho es el objeto de protección del derecho penal.

El jurista alemán Rudolf von Ihering añadió que el derecho se funda en el interés, llegando a hacer tal afirmación al considerar que “(...) el derecho en su aspecto subjetivo es la consagración de la voluntad individual en cuanto tiende a un cierto objeto. El objeto de la voluntad constituye un bien, o sea, con respecto al sujeto que quiere, un interés”. (García, 2006, págs. 52-53)

El aporte de Feuerbach a la noción del bien jurídico lo hizo a partir de un punto de vista funcionalista estatal, consistió en considerar necesario que los diferentes Estados construyeran

medios idóneos para impedir trasgresiones a los derechos de los ciudadanos, así nos lo explica el profesor Édgar García: “(...) la función del Estado era la de crear los medios adecuados que impidan las lesiones jurídicas, pues el objetivo del derecho es la conservación de derechos, sus conminaciones protegerán los derechos de los súbditos como los del bien jurídico seguridad”. (García, 2006, pág. 59)

Como se mencionó previamente, Birnbaum distinguió entre lesión de un derecho subjetivo y lesión de un bien, pasó de la teoría planteada por Feuerbach - la cual exponía que son los derechos subjetivos los limitantes del objeto en el cual recae la protección - y planteó su teoría desde la base de que el delito se entiende como lesión en tanto perjudique a bienes comunes: “(...) *de acuerdo con mi parecer, si se quiere tratar el delito como lesión, lo esencial es, y pongo el acento en ello, relacionar necesariamente este concepto con arreglo a la naturaleza, no con un derecho sino con un bien*” (Birnbaum, 1834) citado por (Hormazábal Malareé, 1991, pág. 27). De ahí que Birnbaum definiera al delito como “(...) *toda lesión o puesta en peligro de bienes atribuibles al querer humano*” (Hormazábal Malareé, 1991).

Von Liszt por su parte se refiere al bien jurídico no como algo meramente jurídico sino material; algo que es previo al derecho positivo, inherente a la vida tanto individual como en comunidad, y que además es protegido por el derecho y en consecuencia se ha elevado a la categoría de bien jurídico, de ahí que considere que “*el bien jurídico es un concepto perteneciente a la teoría general del derecho que expresa en el campo de lo jurídico lo que representan los intereses de los individuos en sus relaciones vitales, relaciones que del mismo modo que los intereses, cuando son asumidas por el derecho, se transforman en relaciones jurídicas*”. (Hormazábal Malareé, 1991, pág. 48)

Como se ha visto, el bien jurídico como elemento del derecho ha sido planteado y replanteado por varios de los filósofos y juristas más relevantes de la teoría del derecho en general y del derecho penal en específico, otorgándole así una categoría de elemento transversal e imprescindible a la hora de pensar cualquier norma penal.

Hoy es nuestro deber trazar una comprensión del bien jurídico desde una visión constitucional, deber que surge más allá de la constitucionalización del derecho per sé, es un deber que nace de la necesidad de comprender el concepto de bien jurídico a partir del grado de vinculación que este tenga con la Constitución. Esta misión la planteamos también en razón de la dificultad que hemos encontrado para distinguir un concepto universal del bien jurídico, pues hay distintos y diversos factores tales como las condiciones históricas, sociales, económicas, religiosas, culturales, etc. de un determinado país, así como las diferentes formas de organización política, que resultan siendo – naturalmente - factores que impiden una toma de postura. (Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau, 1996, pág. 59)

Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau (1996) explican que cualquier idea de limitar la actividad punitiva de Estado en virtud de un bien jurídico debe ser realizada partiendo de una norma jurídica superior que posea fuerza vinculatoria sobre las demás: una norma de normas, en el caso colombiano esta norma corresponde a la Constitución Política, de ahí que pensamos en ella como esencial a la hora de otorgar un nuevo rol al concepto.

Existe una variación teórica que se deriva del grado de vinculación que tenga la Constitución con el bien jurídico, de esta variación se desprenden las teorías flexibles por un lado (denominadas también amplias o genéricas, pues utilizan la constitución en forma de marco de referencia, dejándole al legislador un amplio campo de acción) y las teorías estrictas (que encuentran su base

en disposiciones concretas o apartados concretos de la Carta Magna). (Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau, 1996).

Bien jurídico como elemento estructural del Código Penal.

Son diversas las funciones que puede cumplir el concepto de bien jurídico, y entre estas resaltan la importancia de limitar el ius puniendi del Estado, el carácter que tiene como criterio de interpretación de los delitos y como criterio de legitimidad de los mismos, por cuanto explica que se protege y el por qué se le brinda esta protección. El profesor Yesid Reyes Alvarado las agrupa en tres funciones:

1) Función limitadora. Reyes (1998) afirma que el bien jurídico cumple con una doble función limitadora, la cual se ve materializada en la actividad legislativa en primer estadio, y en la actividad judicial: “(...) el legislador debe determinar si entre los diversos bienes sociales existe alguno que merezca una protección tan especial que amerite la creación de una norma penal para sancionar algunos comportamientos que puedan ser considerado como potencialmente lesivos de dicho bien. (...)” (pág. 62).

De esta manera se sobreentiende que todas las normas de carácter penal tienen una finalidad específica que se entiende de protección y que si alguna de estas carece de esta única finalidad, se entenderán irracionales, arbitrarias y creadas por capricho del legislador. (Reyes Alvarado, 1998)

La segunda limitante, la que se le impone al funcionario judicial, se traduce en la necesidad de imponer una sanción penal solo en el caso en el que la persona investigada realizare una conducta que trasgrediera la vigencia de una norma constituida por el legislador como protectora de aquel bien jurídico. Es en este punto, en el que se logra evidenciar que el funcionario judicial solo podrá aplicar una sanción penal si realmente se logró comprobar y demostrar la efectiva lesión o que se

haya puesto en peligro inminente un bien jurídico. En este sentido, Reyes (1998) afirma que: “(...) por este aspecto la función del bien jurídico se concreta en el principio de antijuridicidad material, al impedir que los jueces apliquen sanciones penales sin que exista un quebrantamiento de la vigencia de la norma que pretende tutelar un bien jurídico” (pág. 64).

2. Función como criterio de medición de la pena, por cuanto el fallador debe antes de imponer una pena debe analizar el nivel de ataque al bien jurídico con el fin de poder establecer la gravedad de la conducta juzgada

3. Finalmente encontramos la función sistematizadora, gracias a esta función, el legislador organiza de manera sistemática a los tipos penales, agrupándolos en títulos y capítulos en cuanto estén orientados a la protección de un mismo o similares bienes jurídicos (Reyes Alvarado, 1998), y así mismo les da un orden de tipificación, el cual comúnmente comienza con los delitos más graves y finaliza con las ofensas de menor magnitud.

A lo largo de la historia del derecho penal, su dogmática y constante evolución se ha caracterizado por tener como punto de partida el concepto de acción, y es en este apartado en donde nos debemos cuestionar ¿por qué no catalogar los delitos del código penal a partir de la conducta penalmente relevante en vez del bien jurídico? Pues si todas las teorías y corrientes del derecho penal han partido de la acción, es consecuente que los tipos penales deberían catalogarse a partir de la realización de acciones, es decir, del comportamiento que efectivamente la persona realiza. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal vemos con preocupación que existen múltiples conductas que desde el punto de vista de la acción penalmente relevante son exactamente iguales y únicamente son diferenciadas por el legislador y los jueces a través del criterio del bien jurídicamente tutelado, situación que se ve plasmada en criterios desarrollados por la Corte Constitucional según los cuales es admisible constitucionalmente juzgar y sancionar dos veces el

mismo comportamiento sin vulnerar el principio del non bis in ídem, siendo uno de estos criterios el hecho de que la conducta desplegada trasgreda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho. Retomaremos este punto en el análisis jurisprudencial que se hará en el apartado final de esta monografía.

No pretendemos restarle importancia al bien jurídico, al contrario, pensamos que se debe resaltar su trascendencia al momento de servir como criterio para la graduación de la pena, pero al desaparecer como criterio de sistematización simplificamos la solución de los concursos de hechos punibles de esta forma se lograría una aplicación idónea del derecho penal que respondería a la realidad social que se presenta en Colombia, realidad analizada a su vez desde la Constitución Nacional, limitando el ius puniendi, respetando derechos y garantías de quienes están sometidos al imperio del código penal colombiano dejando la posible ambigüedad o mala aplicación del derecho penal de lado para evitar vulneración a preceptos constitucionalmente reconocidos y establecidos.

Una vez vista la funcionalidad del bien jurídico es menester explicar cómo se relaciona este concepto con la tipicidad y la antijuridicidad. Así pues encontramos que respecto a la tipicidad, es el bien jurídico el que la llena de contenido material; a modo de ilustración nos topamos con casos en los que ante la inidoneidad absoluta - ya sea en el medio o en el objeto - no queda más que explicarlos como casos de delitos imposibles: delitos formales que no tienen la significancia social que les da el bien jurídico. (Hormazábal Malareé, 1991, pág. 172)

Lo anterior por cuanto la primera valoración del hecho se realiza desde la acción y en segunda medida desde la tipicidad, pues a través de esta “(...) se trata de constatar mediante un juicio de atribución, la identidad formal y material de la situación social concreta con la expresada en forma

abstracta y genérica en el tipo penal. Desde un punto de vista valorativo se habrá constatado no solo un desvalor de acción, sino el desvalor de una situación social” (1991, pág. 173)

En cuanto a la antijuridicidad encontramos que su referente es el ordenamiento jurídico y la relación social concreta protegida (bien jurídico). Esta disyuntiva implica, en palabras de Hernán Hormazábal: “(...) la constatación de la antijuridicidad material consistente en la lesión del bien jurídico protegido por la norma. También constituye un juicio valorativo. Se trata de determinar si la realización típica produjo o no una lesión del bien jurídico concreto, entendida la lesión en un sentido figurado tratándose el bien jurídico de una entidad ideal fuera del mundo causal y en un sentido amplio comprendiendo también la puesta en peligro”. (1991, pág. 173)

Una vez analizada y posteriormente expuesta la primera parte de nuestra investigación, para concluir es menester recalcar que el ordenamiento jurídico es uno solo, por tanto las normas que lo integran no pueden ser contrarias entres sí, ya que si así fuera se estaría permitiendo la existencia de un discurso normativo erróneo y contradictorio que generaría en la sociedad, como directa afectada de la aplicación del derecho, una ausencia de seguridad jurídica. El Estado Social de Derecho es el que fundamenta el ordenamiento jurídico colombiano, el cual tiene como base el neoconstitucionalismo; podemos afirmar desde su perspectiva ideológica, que a nuestro parecer es fundamental para la aplicación del derecho penal, para restar el poder absoluto de castigar que por mucho tiempo se ha considerado que posee el Estado. Que aunque este si posee el poder de castigar, el mismo no puede ser considerado absoluto, debe ser limitado acorde a las normas constitucionales, ya que estas son las que dan protección a derechos y garantías fundamentales, que deben ser aplicadas sin distinción a quienes son sometidos a un proceso penal.

Estudiado el concepto bien jurídico y de acuerdo a lo planteado sobre el mismo, es posible deducir que este se hace necesario dentro de un sistema penal garante, sin embargo el mismo como

ya se ha dicho puede ser más relevante en cuanto a la dosificación de la pena, pudiéndose prescindir no del mismo en su totalidad, sino específicamente de su función sistematizadora; que aunque claramente tanto los doctrinantes que desarrollaron el concepto, como las Altas Cortes que a través de la jurisprudencia también lo ha desarrollado y optimizado, en pro de mejorar el sistema penal y de dar una correcta aplicación al mismo, a nuestro parecer se ha generado el efecto contrario, puesto que se ha producido mayor confusión al operador judicial, al momento de determinar cuál es el bien jurídico afectado por la comisión de una determinada conducta delictiva.

Así pues siendo el ordenamiento jurídico un todo, este debe ser estudiado, desarrollado y aplicado en conjunto, razón que hace necesario exponer la relevancia dentro de un ordenamiento jurídico; de preceptos tales como, normas, principios y derechos fundamentales; como el principio *Non bis in ídem*, debido proceso, entre otros. Que a continuación serán desarrollados, haciendo hincapié desde ya de la importancia de los mismos para tener y aplicar un sistema penal acorde a las necesidades sociales y por tanto a la Constitución Nacional.

SEGUNDA PARTE

El principio del *non bis in ídem* como un principio irreductible del derecho constitucional y del derecho penal.

Es pertinente de acuerdo a su importancia en primer lugar resaltar la función y alcance del debido proceso y como lo han comprendido las altas cortes en Colombia, para posteriormente destacar el concepto de *non bis in ídem* y su importante trascendencia para la presente investigación y para el ordenamiento jurídico colombiano.

A. Concepto de Debido proceso inmerso en el proceso penal.

El proceso penal se rige por el respeto y debida protección a los derechos fundamentales, que se pueden ver involucrados en el desarrollo del mismo. El pilar en que se fundamenta esto es el debido proceso, el cual es un derecho fundamental, establecido en la Constitución política de Colombia, en su artículo 29 así:

“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.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

El debido proceso hace parte del catálogo de derechos fundamentales y por tanto de las garantías procesales, dentro de procesos judiciales, en el tema que nos ocupa; el proceso penal colombiano. El debido proceso, sirve para brindar protección y garantías constitucionales a los intervinientes en el proceso penal; concretamente al procesado y la víctima. Al momento de realizarse este debe ser justo y estar sujeto a un mínimo de garantías.

La Corte Suprema de Justicia entiende el debido proceso de la siguiente forma:

El debido proceso, como manifestación del debido proceso lógico antecedente – consecuente, se relaciona con una sucesión compuesta, escalonada y consecutivas de actos regulados en la ley procesal, cuyo objeto, en materia penal, es la verificación de una conducta punible y la consecuente responsabilidad del imputado, orientados dichos actos a obtener una

decisión válida y con fuerza de cosa juzgada a cerca de los mismos temas, de suerte que transgredir el proceso como es debido, significa, ni más ni menos, que pretermitir un acto procesal expresamente señalado por la ley como requisito sine qua non para la eficacia del subsiguiente, o adelantar dicho acto sin observancia de las garantías constitucionales y legales inherentes a las partes e intervinientes, las cuales lo hacen vinculante en tanto manifestación legítima del ejercicio del ius puniendi detentado por el órgano jurisdiccional en un Estado social y democrático de derecho (Corte Suprema De Justicia, 2007).

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia T-589:

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a un juicio justo sometido a las garantías mínimas del debido proceso. El derecho a un juicio justo, también denominado derecho al debido proceso, reúne un conjunto de derechos y garantías esenciales de todo proceso, como el derecho de acceso pronto y efectivo a jueces y tribunales autónomos e imparciales; a ser oído y vencido en juicio; y, a la efectividad de la decisión judicial, que favorezca los propios derechos o intereses. (Corte Constitucional, 1999)

También establecido la Corte cual es el contenido del derecho al debido proceso, cuando de derecho penal se trata, en la sentencia T-039 de 1996 se pronunció respecto del núcleo esencial en el proceso penal de la siguiente forma: *El derecho fundamental al debido proceso en materia penal, constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados. Las aludidas garantías configuran los siguientes principios medulares*

que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Corte Constitucional, 1996)

De acuerdo con lo anterior el derecho fundamental al debido proceso en el proceso penal tiene como núcleo esencial una serie de garantías que tienen como fuente principios fundamentales, que permiten llevar a cabo un proceso justo, siendo esto lo correcto, puesto que el procesado que es investigado y posteriormente hallado culpable debe afrontar la carga que le impone el estado, debido a que este es quien tiene la facultad de sancionarlo, sin embargo esta carga debe ser proporcional a los hechos realizados por el imputado y por tanto no debería ir más allá de los mismos.

Al llevarse a cabo el proceso penal, debe existir plena garantía de los derechos fundamentales, puesto que al existir una sentencia condenatoria se pueden ver afectados estos últimos y las garantías procesales que son otorgadas por el ordenamiento jurídico de tipo constitucional o legal, el derecho al debido proceso en desarrollo del pleito penal debe ser sumamente amplio y aplicarse en toda la extensión que contiene, puesto que es en estos procesos se encuentra la defensa de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, suponiendo una afectación o puesta en peligro de los mismos, y a su vez se encuentra inmersa la libertad individual, también la seguridad jurídica que se brinda a las personas pertenecientes a la sociedad, respecto de la forma en que es aplicado el derecho penal.

B. Concepto de non bis in ídem

El non bis in ídem que traduce no dos veces por lo mismo, es un principio que está inmerso dentro el debido proceso, es más que una garantía dentro del proceso penal, es un derecho fundamental reconocido por el Estado colombiano y a nivel mundial.

“(...) el principio non bis in ídem se relaciona con el principio de cosa juzgada, que tiene apoyo de orden legal en el artículo 21 CPP y constitucional en las normas superiores (art.29 C.N.) relativas al debido proceso, a la seguridad jurídica, a la economía procesal y a la justicia material que implica el Estado social de derecho”. (Cuellar & Montealegre Lynett, 2013, pág. 955)

Existe reglamentación nacional y tratados internacionales que buscan la protección y aplicación del non bis in ídem, tratados internacionales tales como:

1. Pacto de San José (7 Al 22 De Noviembre De 1969) aprobado por la Ley 16 de 1972

Artículo 8. Garantías judiciales

Inciso 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968

Artículo 14

Inciso 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.

LA DOCTRINA: ha entendido este principio del derecho penal como se muestra a continuación:

“Este principio es conocido tradicionalmente con la expresión latina Non Bis In Ídem o Ne Bis In Ídem que significa “No dos veces por lo mismo”. Consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez. Consecuencia de la justicia material es que un mismo hecho no pueda fraccionarse para convertirlo en varios delitos, sea que estos se juzguen en un mismo proceso o varios. La unidad de imputación delictiva y la sanción penal exigen que a un solo delito se imponga una sola pena y no más de un proceso por el mismo.” (Posada Arboleda, y otros, 2011, pág. 180)

En este entendido es claro que un mismo hecho que es sancionado dos veces por el ente sancionador, está violando este principio fundamental del derecho penal, se da cuando se lleva dos o más procesos por un mismo delito o cuando se fracciona un mismo hecho convirtiéndose en varios delitos, como lo explican los autores enunciados anteriormente. Lo que sucede cuando se plantean como concursos dos delitos, que quizás lo sean solo de forma aparente.

También se ha dicho de este principio, *“El principio non bis in idem es una garantía jurídico - penal de rango constitucional que impide una doble imputación y un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho (art.29.C.N). En efecto, mediante esta norma rectora se protege al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial, porque ordena que los jueces o fiscales no desconozcan decisiones anteriores que, al revisar nuevamente asuntos finalizados, afecten derechos individuales y generen costos y esfuerzos injustificados para el Estado”.* (Cuellar & Montealegre Lynett, 2013, pág. 954)

En todo caso siempre es necesario como lo establece la ley penal colombiana que exista una antijuridicidad material, afirma la doctrina citando la sentencia C-554- de mayo 30 de 2001: *“la duplicidad de sanciones por un mismo hecho contraría el principio de la proporcionalidad de las sanciones penales (artículo 3º del Código Penal), pues a través de la arbitrariedad judicial*

se impone el terror penal. Esta corporación considera que este instituto es consecuente con la concepción de un derecho punitivo de acto y con el principio de antijuridicidad material, lo cual significa, en la práctica, que la prohibición de una doble sanción no depende del tipo procesal de la cosa juzgada, sino del concepto de imputación fáctica, es decir, de la conducta punible independientemente de su imputación fáctica.” (Posada Arboleda, y otros, 2011)

“El principio del Non Bis In Ídem tiene un doble significado: material, según el cual nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta (artículo 8° del C.P), y procesal, en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos”. (Posada Arboleda, y otros, 2011, pág. 181). Lo último se encuentra consagrado en el artículo número 21 del Código de Procedimiento Penal. Se debe ver o analizar el principio de esta manera, ya que en determinadas sentencias, doctrina, etc. Se ha entendido este principio como algo que simplemente pertenece al principio de cosa juzgada, sin analizar desde que momento o cuando opera en realidad el mismo.

En el libro Derecho Penal, Parte General – Fundamentos, los autores realizaron una división en tres partes de la forma en que se manifiesta el principio Non Bis In Ídem, la cual resulta muy interesante para la presente investigación, razón por la cual se expone a continuación de forma resumida la misma:

“1. Prohibición de doble valoración: Se trata de impedir que un mismo factor sea valorado dos o más veces, en consideración a la regla sustancial “ lo que es elemento del delito no opera a la vez como criterio especial de la punibilidad”, impidiendo de esta forma que por un mismo hecho se impongan consecuencias jurídicas multiplicadas.” (Ramón, 1995, pág. 24 y ss) Citado por (Posada Arboleda, y otros, 2011, pág. 181).

Este primer componente del principio non bis in ídem es sumamente importante puesto que hace referencia a que los elementos que integran el tipo, no pueden ser valorados de igual manera como circunstancias de agravación de determinado delito. Por tanto debe hacerse un análisis correcto de cuando operan circunstancias de mayor y menor punibilidad, de igual manera agravantes y atenuantes, y no agravar un delito con circunstancias que son ya elementos que constituyen la estructura básica del tipo.

“También puede sobrevenir la prohibición de doble valoración, en consecuencia, una violación al artículo 8° del Código Penal, cuando se agrava doblemente una pena, como circunstancia genérica y a la vez como circunstancia específica. (...) Obviamente la prohibición de doble incriminación lleva a que solo se tome la circunstancia específica de agravación y no la genérica, pues la aplicación del artículo 58 del Código Penal es subsidiaria, solo procede cuando la aplicación de mayor punibilidad no haya sido prevista de otra manera.” (Posada Arboleda, y otros, 2011, pág. 182)

“Este principio es el que da origen a la institución del concepto de “concurso aparente” de tipos o leyes penales que tiene por objeto garantizar la aplicación unitaria de tipos penales, evitar una doble sanción, siempre que se dé unidad de sujeto y de hecho y se tutele el mismo bien jurídico. En virtud de esta figura, una conducta da la apariencia de subsumirse en dos o más tipos penales que se excluyen entre sí, en consecuencia, no pueden aplicarse simultáneamente porque se violaría el non bis in ídem” (Posada Arboleda, y otros, 2011, pág. 183)

Ya se ha resaltado en la investigación la forma en la que la aparición de concursos que deberían ser tratados como ideales y al no ser de esta forma, genera una flagrante violación al principio de non bis in ídem.

“2. Prohibición de un nuevo procesamiento. *“Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Si el proceso se inicia por un hecho ya juzgado o cuyo juzgamiento se adelanta en otro proceso previamente iniciado, debe terminarse por preclusión (artículo 332, núm. 1° de Código de procedimiento penal) porque en tal caso no puede continuarse con el ejercicio de la acción penal. En estos eventos se puede interponer las excepciones de cosa juzgada o pleito pendiente con respecto a la petición de iniciar o proseguir una nueva o distinta actuación penal por el mismo suceso histórico o parte del mismo. Las sentencias definitivas que se profieran en el proceso penal hacen tránsito a cosa juzgada, esto es, impiden que los jueces revisen de nuevo procesalmente el mismo asunto o lo fallen otra vez.”* (Carrasquilla, págs. 430-431) Citado por (Posada Arboleda, y otros, 2011)

Respecto de este segundo punto, se debe decir que es quizás el aspecto que más se reconoce del non bis in ídem, tal vez el que más se pone en práctica, haciendo referencia a no iniciar un nuevo proceso, por hechos que ya han sido juzgados, que tienen una sentencia en firme, claro está siempre y cuando esta se haya obtenido de forma lícita, sin que existiera coacción alguna sobre el operador judicial que la emitió.

“3. Prohibición de modificar la sentencia definitiva que se ha pronunciado en un caso determinado. Esto es, la irreversibilidad de la sentencia de fondo ejecutoriada o efecto propio de la cosa juzgada material. La inmutabilidad e irreversibilidad de la cosa juzgada no tiene un carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada, tales como:

- Lo dispuesto en el artículo 17 del Código Penal, que dispone que no tendrán valor de cosa juzgada ante la ley colombiana las sentencias que se pronuncien en el extranjero,

respecto a los eventos en que se refieren en el artículo 15 (territorialidad por extensión) y 16 numerales 1° y 2°.

- *La acción de revisión (consagrada en los artículos 192 y ss del C. de P.P), que es el mecanismo legal establecidos para corregir errores judiciales en eventos de sentencias ejecutoriadas por hechos prescritos, o donde falte querellante legítimo, o el fallo se fundamente en un delito del juez o de un tercero, o en prueba falsa, o cuando la Corte haya cambiado favorablemente la jurisprudencia. Etc.*

- *También son excepciones a la cosa juzgada: la amnistía, el indulto, la prescripción de la pena, los eventos de aplicación de la ley más favorable (retroactividad), la tutela (artículo 86 de la Constitución Política), tutela como medio de corrección de errores judiciales.*

- *Es excepción a este principio también el ejercicio de los entes internacionales, legitimados para intervenir en estos procesos, siempre y cuando dicha intervención sea procedente.” (Posada Arboleda, y otros, 2011)*

El esquema anterior permite ver como el non bis in ídem no solo hace parte de la cosa juzgada sino que se debe analizar de forma íntegra para que sea más efectiva su aplicación y por tanto no deje de aplicarse cuando se debe hacer.

Jurisprudencia:

Es menester resaltar que las Honorables Cortes colombianas, han estudiado y definido el principio de non bis in ídem y el alcance del mismo. Razón por la cual se hará un breve recuento de las más relevantes en cuanto al tema que nos ocupa; frente al principio non bis in ídem.

Corte Constitucional

“El principio non bis in idem es una garantía jurídico penal que impide una doble imputación y un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho. Los jueces no pueden desconocer decisiones anteriores que afectan los derechos del individuo o revisar nuevamente asuntos finiquitados con el costo y esfuerzo que ello significa para el Estado. En virtud de este principio, no le es lícito al juzgador fraccionar el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas. Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad. El principio non bis in idem actúa así como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial.” (Corte Constitucional, 1993)

La Corte Constitucional en su sentencia 554 de 2001, definió el alcance de este de la siguiente manera: *“La prohibición del non bis in idem no acarrea la imposibilidad de que unos mismos hechos sean castigados por autoridades de distinto orden; tampoco que esos hechos sean apreciados desde perspectivas distintas. Pero sí conlleva que autoridades del mismo orden y mediante procedimientos diversos sancionen repetidamente la misma conducta, como quiera se produciría una inadmisibles reiteración del ius puniendi del Estado, y de contera, un flagrante atentado contra la presunción de inocencia.”* (Corte Constitucional, 2001)

Esto desde un concepto general respecto de este principio, sin embargo en cuanto al derecho penal la Corte Constitucional se pronunció así: *“El non bis in idem como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las sanciones (nullum crimen nulla poena sine lege), puesto que su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles. De esta forma, dicho postulado se constituye en un límite al*

ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado.” (Corte Constitucional, 2001)

De acuerdo con lo anterior se hace necesario que exista la certeza de los preceptos penales que deben existir con anterioridad respecto de cuáles son los comportamientos o conductas punibles.

Esta corporación ha dicho respecto de la función de este principio: *“La función de este derecho, conocido como el principio non bis in ídem, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, este principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita.” (Corte Constitucional, 2002)*

Corte Suprema de Justicia:

1. Proceso 49619 de 2017.

“(…) La estructuración de la doble o múltiple incriminación requiere que se adelanten dos o más actuaciones en las cuales exista (i) identidad de sujeto, que implica que el individuo contra el cual se adelantan las actuaciones sea el mismo, (ii) identidad de objeto, que presupone que el factum sea también coincidente, (iii) identidad de causa u origen. (Corte Suprema De Justicia, 2017)

2. Proceso 25629 de 2007

Esta corporación ha dicho en este proceso respecto del principio de non bis in ídem: “*Esta genérica expresión latina de una institución seguramente de origen griego, se traduce como no dos veces sobre lo mismo o no dos o más veces por la misma cosa.*” (Corte Suprema De Justicia, 2007)

En este proceso también ha dicho la Corte que comprende varias hipótesis las cuales son:

1. *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.*
2. *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.*
3. *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.*
4. *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.*
5. *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 idem material.*

Es claro que todas las hipótesis son importantes para el derecho penal, a su vez también lo son y se insiste en que todas al ser igualmente validas deben ser tenidas en cuenta y aplicadas en el momento oportuno, para poder garantizar los derechos que asisten a los intervinientes en el proceso penal.

La unidad de acción y la pluralidad de delitos.

Consideramos que se ve vulnerado el principio del non bis in ídem en muchos casos en razón a la pluralidad de bienes jurídicos existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Esto por cuanto es frecuente observar como a una persona que ha cometido una sola conducta se le endilgan dos o más delitos, situación que genera un doble enjuiciamiento por un solo hecho. A continuación traeremos a colación ciertas reflexiones.

Desde una perspectiva de derecho penal de acto estricto si una persona incurre en una conducta delictual, esta tiene como repercusión una pena; si incurre en más de una, en consecuencia se le podrán aplicar más penas. A esta corriente corresponde el pensamiento consistente en que de mediar una conducta habrá un delito, y cuando haya varias conductas habrá varios delitos. (Zaffaroni, 2006, pág. 669)

Ahora bien, si lo miramos de forma idealista, es totalmente lo contrario; se ha llegado a sostener que los tipos son los que crean las conductas y que en el concurso ideal hay varias conductas y varios delitos. Consideramos un error esta posición, pues se olvida que no son las calidades de un objeto (delito) las que lo multiplican y consideramos también, que es por este pensamiento errado que se direcciona a los operadores judiciales a tomar decisiones judiciales insostenibles a la luz del principio non bis in ídem. En palabras textuales de Zaffaroni *“es incomprensible que una sola intervención muscular, pueda ser más de un delito, porque no puede ser más que una conducta”*. (Opág. 671)

Sin embargo, apunta Zaffaroni, el criterio fisiológico se queda corto para saber cuándo hay una sola conducta o varias pues sería ingenuo afirmar que cada movimiento es una conducta, y la problemática real se ve materializada en casos en los que se presentan varios movimientos exteriores voluntarios, pues para que estos sean reconocidos como una sola conducta tienen que

hacer parte de un plan común, de una unidad de resolución. Ahora, el demostrar la existencia de tal plan común no es suficiente para considerar que una pluralidad de movimientos voluntarios constituye una conducta sola, se necesita entonces el factor jurídico para que actúe como complemento. (Opágs. 671-672)

Recapitulando, para que varios movimientos sean considerados conducta debe haber un factor final que les dé sentido y un factor normativo (jurídico) que la transforme en unidad de desvalor. Este factor normativo, según Zaffaroni (0), se extrae de la consideración típica por vía de interpretación: *“Los movimientos que siguen un plan común (factor final) necesitan ser abarcados por un sentido unitario los efectos de la prohibición (factor normativo), que solo puede dársele el tipo penal”*. (Opág. 672)

1. Hay unidad de conducta en los casos de movimientos voluntarios que responden a un plan común (factor final) y que son típicos de un tipo que admite una pluralidad eventual de movimientos.
2. Habrá unidad de conducta cuando el tipo requiera expresamente la pluralidad de movimientos, como sucede en casos como el acceso carnal violento.
3. Cuando la realización de otro delito aparece como elemento subjetivo del primero. Caso de quien comete un homicidio con el fin de hurtar.
4. Cuando el segundo tipo se cumple como una forma de agotamiento del primero. Porque si bien no se exige en el tipo la finalidad de realizar el segundo, se presume su relevante posibilidad o peligro por sí o por otro. Falsificación de documentos y de la posterior utilización para estafar. Falsificación de billetes para su posterior circulación. Tenencia de un arma y posterior utilización para la comisión.

5. En el delito permanente, todos los actos que tienen por objeto mantener el estado consumativo presentan una unidad de conducta. Todas las acciones para mantener a alguien secuestrado.

6. En los eventos en que los tipos admitan o requieran su cumplimiento por un medio simbólico. Todos los movimientos que van dirigidos a una sola unidad simbólica deben ser considerados una sola conducta. Injurias, instigación.

7. Frente a la omisión, cuando el agente omite evitar varios resultados contra el mismo deber de garante.

8. En los delitos culposos hay unidad de acción aun cuando existan multiplicidad de resultados y aun cuando dichos resultados provengan de una multiplicidad de infracciones a cuidados debidos. Con la condición de que los resultados se deriven simultáneamente.

9. En la denominada realización progresiva del tipo penal, cuando en la intensificación del injusto tienen lugar distintos actos que se dan en el curso de una progresión delictiva hasta su consumación.

10. En el delito continuado. Reiteración de conductas sin reiteración de tipicidad.

El objetivo de la presente monografía está encaminado a plantear la problemática en que se encuentra inmersa la dogmática penal a la hora de establecer criterios específicos y funcionales para diferenciar una conducta de otra, en especial en los eventos de concurso de conductas punibles. Es por esta razón que consideramos pertinente en este punto hacer una breve explicación de lo que atañe a estos concursos antes de continuar con el análisis de las diferentes sentencias en las que evidenciamos aciertos e inconsistencias que se explicaran más adelante.

Hay dos tipos de concursos sobre los cuales queremos hacer énfasis: 1) El concurso real o efectivo, que se presenta en situaciones en las que el agente de la conducta delictiva con una sola

acción u omisión infringe varios delitos que no se excluyen entre sí, o infringe varias veces el mismo tipo. Este concurso a su vez, está dividido por dos clasificaciones: el concurso ideal (unidad de acción que tiene como resultado una pluralidad de delitos) y el concurso real o material (pluralidad de acciones y pluralidad de delitos). (Gutiérrez Castaño, 2015, pág. 669)

Concurso aparente

Es en el concurso aparente en donde observamos con mayor claridad la problemática planteada, pues este es el fenómeno en virtud del cual una misma conducta da la apariencia de subsumirse en diferentes tipos penales y, en situaciones reiteradas, los funcionarios judiciales dan aplicación a los delitos, desconociendo la norma rectora que prohíbe la doble incriminación. (Gutiérrez Castaño, 2015, pág. 671), esto ocurre en razón a que los criterios de valoración son absolutamente subjetivos y al estar los tipos penales clasificados por bien jurídico existen la posibilidad que la acción juzgada atente contra diversos bienes jurídicos a pesar de ser exclusivamente una sola acción socialmente relevante. Por eso es importante el concepto de acción socialmente relevante.

Tradicionalmente, la jurisprudencia colombiana se ha servido de tres principios para determinar qué tipo o tipos penales aplicar ante la eventualidad de estar frente a un concurso aparente de conductas punibles. El primero de ellos es el de especialidad. La Corte Suprema de Justicia (2000), desde la Sala de Casación Penal señala que una norma es especial cuando “describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales” y así mismo nos indica tres supuestos que deben cumplirse para que un tipo penal sea especial: el primero, que la conducta que describe esté referida a un tipo básico, el segundo, que entre ambos se genere una relación genero especie, y el tercero, que estén protegiendo el mismo bien jurídico. El segundo principio es el de subsidiaridad, caracterizado por su carácter residual y porque de la propia lectura de estos tipos penales se observa su subsidiaridad,

pues el legislador en su consagración generalmente deja advertido que solo podrá ser aplicado si el hecho no está sancionado como delito, o no constituye otro ilícito. Finalmente tenemos el principio de la consunción el cual se aplica cuando una figura delictiva absorbe o consume a otra, en otras palabras, eventos en los cuales los actos realizados hacen parte del mismo *iter criminis* o plan criminal. En nuestra opinión y como ya se ha explicado existe una grave problemática en lo que respecta a los concursos de hechos punibles, cuando se plantea la existencia de concursos reales que no son más que concursos aparentes la cual se podrían evitar si existiera una clara y adecuada calificación de los delitos más problemáticos por acciones.

Por ejemplo, en el delito de estafa nos surge la duda sobre cuál es la conducta inmersa en aquel. El Código Penal, en su artículo 246 nos ilustra de la siguiente manera:

“El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. (Congreso de Colombia, 2000)

De la lectura de este artículo en particular encontramos que la conducta está dada por la expresión “obtenga provecho ilícito” en donde el verbo rector principal es “obtener”. Este tipo penal se caracteriza por ser de resultado y al mismo tiempo ser de conducta compleja, es decir que

no es suficiente con obtener el incremento patrimonial sino que este debe darse a través de circunstancias específicas. En consiguiente, es nuestro deber preguntarnos sobre el carácter que debe tener el provecho obtenido para que se configure una estafa, a lo cual tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido enfáticas en determinar que el provecho tiene que ser patrimonial al tratarse de un delito que protege el patrimonio económico, así pues ¿cómo es posible que concursen la estafa con el enriquecimiento ilícito cuando a todas luces se observa que no existe más que una conducta trascendente para el derecho penal?

Así como el ejemplo anteriormente dado hemos encontrado que el problema planteado a lo largo de esta monografía se observa de manera latente en concursos entre conductas punibles que conforman una sola acción penalmente relevante. Los casos en donde generalmente se observan con mayor claridad este tipo de confusiones son aquellos en los que concursan los delitos de enriquecimiento ilícito y narcotráfico; estafa y falsedad en documento privado; estafa y enriquecimiento ilícito; lavado de activos y enriquecimiento ilícito, entre muchos otros. Estas situaciones se presentan en todos los niveles de la jurisdicción penal: desde la imputación y posterior acusación hecha por la Fiscalía General de la Nación representada por sus fiscales locales, seccionales, especializados, delegados ante los tribunales y delegados ante la Corte Suprema de Justicia, pasando por las decisiones de los jueces penales de conocimiento en primera y segunda instancia hasta llegar a las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de cierre de la jurisdicción penal ordinaria. Vista esta situación de constante vulneración a principios fundamentales – el principio de materialidad de la acción, el principio del non bis in ídem, de la mano con la garantía fundamental al debido proceso, entre varios otros – explicados en capítulos anteriores, consideramos que la mejor manera para hacerla visible es mediante el análisis jurisprudencial que se expondrá a continuación.

Análisis jurisprudencial

1. MARCO DECISIONAL	
1.1. IDENTIFICACIÓN Corte Suprema de Justicia	
Número	Proceso N° 91994
Fecha	25 de mayo de 2017
Magistrado Ponente	Fernando Alberto Castro Caballero
Aclaran el voto	No aplica
Salvan el voto	No aplica
1.2. LA DEMANDA	
En esta oportunidad la sala decide la acción de tutela incoada ciudadanos WILSON ALBERTO LOAIZA RENDÓN y ADALBERTO ESCOBAR ESCOBAR, en contra de la Fiscalía 3ª Especializada, el Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial, todas autoridades con sede en la ciudad de Buga, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y del principio constitucional del «<i>non bis in ídem</i>»	
. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN	
Los actores fueron capturados el 23 de junio de 2015 en Cartago, la fiscalía formulo cargos por los delitos de «<i>concierto para delinquir agravado, enriquecimiento ilícito, estafa, fraude procesal, uso de documento falso, falsedad en documento público y privado</i>». Los imputados se allanaron a los mismos.	

«en el acta de acusación con allanamiento a cargos» la Fiscalía accionada consignó que como resultado de las estafas cometidas respecto de 5 bienes inmuebles, se obtuvo un provecho económico equivalente a \$287.000.000, recursos que –según el ente fiscal– generaron un incremento patrimonial en cabeza de los procesados, circunstancia de la cual concluyó, que también se estructuraba el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. (Corte Suprema de Justicia , 2017)

Los demandantes reprochan que el incremento patrimonial por el monto de \$287.000.000, fue utilizado por la fiscalía como sustento factico de los delitos de estafa y de enriquecimiento ilícito. Razón por la cual consideran que están siendo vulnerados sus derechos fundamentales y que están siendo juzgados dos veces por el mismo hecho. Acuden a la acción de tutela agotando los mecanismos previos para que la sentencia, sea corregida ya que según lo expuesto se está juzgando dos veces por el mismo hecho.

Los accionantes intentaron retractarse del allanamiento a cargos hecho con anterioridad sin embargo no fue posible; puesto que, la misma fue realizada dentro de manera correcta sin la existencia de vicios y con pleno conocimiento y voluntad de los mismos, quienes han intentado por vía de acción de tutela en contra de Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y demás medios de forma infructuosa la nulidad del proceso.

La corporación es insistente en decir que no se vulneraron derechos ni garantías a los señores WILSON ALBERTO LOAIZA RENDÓN y ADALBERTO ESCOBAR, puesto que, el primero no impugno en la oportunidad procesal las decisiones que le fueren desfavorables, mostrándose conforme con la sentencia emitida por el juez, y al segundo le fueron resueltas sus dudas y peticiones durante el proceso, respetando sus derechos y garantías procesales.

1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA CORTE (PJC)
Existencia del concurso entre el delito de estafa y enriquecimiento ilícito de particulares.
1.6. DECISIÓN
1.6.1. NEGAR por improcedente la acción de tutela promovida por los ciudadanos WILSON ALBERTO LOAIZA RENDÓN y ADALBERTO ESCOBAR ESCOBAR, por las razones expuestas en la parte considerativa. 1.6.2. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada la presente decisión.
2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN
2.1. RATIO DECIDENDI (RD)
En primer lugar la Sala niega por improcedentes las pretensiones de la demanda, puesto que para que proceda de forma excepcional o extraordinaria la acción de tutela contra decisiones judiciales, se debe cumplir con unos presupuestos de carácter general y otros de carácter

específico, sin embargo; de las pruebas legalmente incorporadas a la actuación, se extracta que no concurre ninguno de los presupuestos o requisitos necesarios para que sea viable dicha acción.

En segundo lugar y respecto del tema que nos ocupa, es decir la vulneración al principio non bis in ídem por la puesta en concurso de delitos tales como estafa y enriquecimiento ilícito de particulares.

La Corte citando el proceso 41800 de 16 de julio de 2014 de misma corporación indico la posición en que se orienta la misma de la siguiente manera:

«El Enriquecimiento ilícito, en cualquiera de sus modalidades, concursa necesariamente con el delito fuente, aun cuando éste implique per sé incremento patrimonial como ocurre con el Peculado y el Cohecho, y aun cuando vulneren el mismo bien jurídico (orden económico y social) como ocurre con el Lavado de activos. Es más, en relación a la especie delictiva propia de funcionarios, cuyo carácter subsidiario hace más difícil el concurso material o ideal, la Corte ha aceptado mayoritariamente esa opción siempre que exista prueba suficiente para condenar por el delito fuente.» (Corte Suprema De Justicia, 2014)

Es posible ver como la posición de la honorable Corte Suprema De Justicia, está encaminada hacia la incriminación tanto del delito fuente como del enriquecimiento ilícito, haciendo que estos concursen, pero lo que hay que analizar es que en primer lugar la mayoría si no es que todos los delitos que pueden ser considerados como delitos fuente, se realizan precisamente con el deseo o finalidad de obtener un beneficio y/o provecho económico, que se traduce a un aumento patrimonial. Lo que claramente se traduce a una doble incriminación, vulnerando de esta forma derechos y garantías constitucionales.

Respecto del concurso entre el enriquecimiento ilícito de particulares y la estafa en la misma providencia citada anteriormente (Proceso 41800 de Julio 16 de 2014) la corporación precisó que:

El delito de estafa no es complejo frente al delito de enriquecimiento ilícito, señalando las siguientes razones:

1. *Porque el Enriquecimiento ilícito no es de menor relevancia jurídica que la Estafa; por el contrario, aquél vulnera un bien jurídico supraindividual y es pluriofensivo, por lo que, inclusive, la respuesta punitiva es superior.*

2. *Porque el juicio de desvalor de la Estafa no consume el juicio de desvalor del segundo delito. En aquél, el enriquecimiento del agente sólo es el elemento típico que determina la consumación de una lesión a un patrimonio económico particular, más no presupone una mayor sanción penal en la que se entienda cobijado el reproche por una afectación al orden económico y social.*

3. *Porque el enriquecimiento del agente de la Estafa es consecuencia directa del empobrecimiento de un patrimonio económico particular que, por sí solo, no es idóneo para lesionar el bien jurídico colectivo en cuestión.*

4. *Porque la Estafa no consume ningún acto copenado posterior. En efecto, la obtención del provecho económico es un elemento estructural del tipo, el que determina su consumación, no es un acto posterior a ésta. De otra parte, si llegare a concurrir el delito de Enriquecimiento ilícito, esta conducta es autónoma y vulnera un bien jurídico diferente, por lo que ningún sentido puede otorgar a una Estafa originaria».*

La Corte es enfática en sostener en que no existe inconveniente que impida el concurso entre el enriquecimiento ilícito indicando que resulta problemático la formulación de un concurso ideal entre estos dos delitos, sin embargo cuando se imputa un concurso que se constituye de varias conductas dándose un concurso material, donde las conductas son adecuadas para afectar diferentes bienes jurídicos, es decir, por un lado el patrimonio de una o varias personas de forma individual y por otro lado la economía de la sociedad en general. De acuerdo con esto que ha sido expuesto por esta corporación, el concurso (material) se puede dar y no hay vulneración al principio de Non bis in ídem. Este planteamiento a nuestro parecer sin desacreditarlo como algo erróneo, contrario a lo dicho, si representa una evidente afectación a derechos fundamentales y garantías procesales, tales como el non bis in ídem, porque como ya se ha dicho un delito que produce un provecho económico como la estafa, necesariamente generará un incremento patrimonial para quien comete el mismo.

1. MARCO DECISIONAL

1.1. IDENTIFICACIÓN Corte Suprema De Justicia

Número	1. Proceso N° 35159.
Fecha	31 de Octubre de 2012
Magistrado Ponente	Luis Guillermo Salazar Otero
Aclaran el voto	No aplica.
Salvan el voto	No aplica.

1.2. NORMA DEMANDADA

La Corte Suprema de Justicia en esta ocasión decidió sobre las demandas de casación presentadas por los apoderados de SAÍD ALBERTO RUBIANO MIRANDA y GERMÁN GÓMEZ ORREGO contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en la cual se confirma las condenas por los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares que se les impuso a las personas nombradas anteriormente el Juzgado Penal Del Circuito Especializado de dicha ciudad.

1.3 ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los hechos por los cuales dichas personas fueron, imputadas y posteriormente condenadas, fueron investigados por policía judicial, que logro determinar que:

- El patrimonio de German Gómez Orrego presento incremento no justificados, en el periodo comprendido entre 1991 y 2003.
- En 1998 la compañera permanente de German Gómez Orrego, Zamira Fernanda Giraldo adquirió un inmueble de trece (13) hectáreas en el municipio de la Tebaida, Quindío. Posteriormente lo dividió en dos lotes, en uno de estos dos lotes se construyó un complejo turístico y el otro que a su vez se dividió en 37 lotes, los cuales fueron comercializados por un valor de cuarenta y cinco millones de pesos (\$45.000.000) cada uno.
- Las personas que compraron dichos lotes, sostenían relaciones personales, familiares y laborales con el señor German Gómez Orrego, personas que carecían de recursos económicos para comprar dichos inmuebles.

- Respecto del complejo turístico construido, el abogado asesor del mismo, el señor Said Alberto Rubiano Miranda estipulo a nombre de otras personas que figuraban como compradores en las minutas de las escrituras que el redactó, compradores que no firmaron las mismas y tampoco las registraron en la oficina de instrumentos públicos. Muchas de esas personas desconocían dicho negocio jurídico y tampoco tenían capacidad económica para su realización.
- De acuerdo con lo anterior la Fiscalía ordenó apertura del proceso e investigación de Gómez Urrego.
- Se acusó a GERMÁN GÓMEZ ORREGO, de los delitos de falsedad material en documento público, lavado de activos agravado y enriquecimiento ilícito de particulares, según lo establecido en los artículos 287, 323, 324 y 327 del señalado estatuto.
- A GERMÁN GÓMEZ ORREGO, se condenó: “ como responsable de falsedad material en documento público, lavado de activos (no agravado) y enriquecimiento ilícito de particulares, a 9 años de prisión, \$3.478’500.000 de multa y la accesoria de ley. No se le reconoció mecanismo de sustitución alguno.” (Corte Suprema De Justicia, 2012)

Contra la sentencia de segundo grado, interpusieron los apoderados de GERMÁN GÓMEZ ORREGO el recurso extraordinario de casación.

Fundamentos de la demanda de casación

El demandante fundamenta la demanda en una violación al debido proceso por desconocimiento del principio de prohibición de doble valoración. Alegando que se presenta un concurso aparente de tipos entre el lavado de activos y el enriquecimiento ilícito de particulares. Se alega lo siguiente:

“Como es un concepto jurídico el del patrimonio, ingresar algo a éste también es un acto de la misma índole, es decir, tiene que hacerse a un título jurídico determinado. Darle forma jurídica a los ingresos ilícitos, por lo tanto, hace parte de la valoración del enriquecimiento ilícito del particular. GERMÁN GÓMEZ ORREGO fue procesado por reingresar a su patrimonio un dinero proveniente de fuente ilícita, no por dar apariencia de legalidad a un capital nuevo o de terceros. Hay una argumentación circular: el incremento es ilícito porque viene de un lavado de activos y el blanqueo de capitales se da porque dicho monto dinerario constituye un enriquecimiento ilícito. Los mismos hechos fueron valorados dos veces, con vulneración sustancial del artículo 29 de la Constitución Política, así como de los artículos 6 y 8 de la Ley 600 de 2000.”

En este orden de ideas, solicitó el recurrente a la Sala, “respecto del primer reproche, anular todo lo actuado a partir de la apertura de la instrucción. Y, en cuanto a los dos cargos subsidiarios, casar el fallo impugnado y absolver al procesado de los delitos a él atribuidos.”

1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA CORTE (PJC)

¿Existe un concurso aparente de tipos entre el delito de lavado de activos y el de enriquecimiento ilícito de particulares?

1.6. DECISIÓN

1. NO ADMITIR las demandas de casación presentadas por los apoderados de SAÍD ALBERTO RUBIANO MIRANDA y GERMÁN GÓMEZ ORREGO contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN

2.1. RATIO DECIDENDI (RD)

La Corte considera que lo expuesto en la demanda respecto de la existencia de un concurso aparente entre el delito de activos y el enriquecimiento ilícito de particulares, es infundado sosteniendo que la misma Corte con anterioridad ha permitido la concurrencia de estas dos conductas. Y para demostrar la postura reiterada se remite a la sentencia de 9 de abril de 2008, radicación 23754 que cita al fallo de 28 de noviembre de 2007. En el cual se expone:

“[...] sobre la posibilidad de que concurse el delito de lavado de activos (artículo 323) con el de enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327), cabe recordar que en el ya citado precedente del 28 de noviembre de 2007 [radicado 23174], la Sala aclaró que la diferencia entre ambas conductas radica en que en el último el actor ostenta la personería del bien (para sí o para otro), mientras que en el primero no ostenta personería pero lo porta, lo resguarda, oculta su origen, etc., y se detecta –al menos a título de inferencia– que el bien está asociado con las actividades ilícitas referidas en la norma. ”*El enriquecimiento ilícito de particulares, recabó la Sala en esa oportunidad, es un delito fin en sí mismo, mientras que el lavado de activos encubre actividades cuya gravedad es mayúscula y ello se refleja en la determinación penológica. ‘Se trata de dos conductas que, si bien atentan contra el mismo bien jurídico, difieren en su estructura y elementos normativos, en el fundamento y la naturaleza del juicio de reproche’.* ”Y esta última es la razón por la cual es posible el concurso entre ambos ilícitos –enriquecimiento ilícito de particulares y lavado de activos–, pues se trata de conductas autónomas e independientes, siempre y cuando se acredite en grado de certeza los elementos estructurales de cada uno de ellos, lo cual, como se deduce de las anteriores consideraciones, ha quedado consolidado en este caso”.

El argumento que se considera fundamental por parte de la Corte es el cual con la mera lectura del fallo la sala encuentra: “una ausencia de identidad fáctica entre el comportamiento calificado como lavado de activos y el que fuera catalogado como enriquecimiento ilícito de particulares”. (Corte Suprema De Justicia, 2012)

La Corte considera que la imputación fáctica del delito de enriquecimiento ilícito de particulares por parte de German Gómez Orrego consistió en el “haber obtenido incrementos patrimoniales carentes de justificación legal entre los años 1991 y 2003” y la imputación fáctica referente al delito de lavado de activos se realizó por la financiación de un proyecto denominado las gaviotas el cual tuvo origen en el año 1998, cuando la señora Zamira Fernanda Giraldo, última compañera permanente de Gómez Orrego adquirió un predio de 13 hectáreas en la Tebaida Quindío. Sostiene la Corte que “Por consiguiente, se trataba de dos conductas completamente diferenciables –y diferenciadas– las de este asunto” (Corte Suprema De Justicia, 2012)

La Corte no admite la demanda de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia debido a que considera que no hay motivo alguno para su admisión.

Este proceso es referente importante en la presente investigación puesto que nos sirve para demostrar en primer lugar que como ya se ha dicho no pretendemos que desaparezca el concepto de bien jurídico dentro del ordenamiento jurídico – penal y a su vez para determinar que existen casos donde se pueden dar estos dos delitos, el delito de lavado de activos y el de enriqueciendo de particulares, en aquellas circunstancias no puede existir un concurso puesto que las conductas con las cuales se cometen los hechos típicos están diferenciadas es decir hay dos o más conductas

razón por la cual son imputables dichos delitos, sin embargo es menester resaltar el hecho de que de acuerdo con la orientación de la investigación y con nuestro criterio es preciso la comisión de las dos conductas totalmente diferenciadas para que la imputación doble no incurra en la violación a la prohibición de doble valoración o imputación por el mismo hecho.

1. MARCO DECISIONAL

1.1. IDENTIFICACIÓN Corte Constitucional

Número	Sentencia C-191
Fecha	20 de abril de 2016
Magistrado Ponente	Alejandro Linares Cantillo
Aclaran el voto	Gloria Stella Ortiz Delgado Jorge Iván Palacio Palacio
Salvan el voto	Alberto Rojas Ríos María Victoria Calle Correa (Salvamento de voto parcial) Luis Guillermo Guerrero Pérez (Salvamento de voto parcial) Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Salvamento de voto parcial) Gloria Stella Ortiz Delgado (Salvamento de voto parcial)
1.2. NORMA DEMANDADA	

Los ciudadanos Gloria María Arias Arboleda y Juan Cristóbal Blanco Rodríguez solicitaron a este Tribunal que se declare la inexecutable de algunas expresiones contenidas en los artículos 4, 6, 8, 11, 14, 15 y del artículo 51 de la Ley 1762 de 2015, “*Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal*”. Los actores demandan estos artículos aduciendo que vulneran los artículos 1, 2, 5, 6, 28, 29, 34, 58, 83 y 333 de la Constitución Política, 1, 2, y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1.3.ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los accionantes consideran que el Estado se extralimita al imponer una sanción de tipo penal al contrabando, al criminalizar dicha conducta de acuerdo con estos se está desconociendo el principio de subsidiariedad del derecho penal y que también se están violando más garantías de rango constitucional.

En esta ocasión la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la violación al non bis in ídem y el concurso de tipos penales, expondremos desde la misma la posición de esta corporación.

1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA CORTE (PJC)

- “Primero: ¿El legislador excedió los límites constitucionales al ejercicio del *Ius puniendi* del Estado, al tipificar los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando, fraude aduanero y lavado de activos?”

1.6. DECISIÓN

PRIMERO: Declarar **EXEQUIBLES** los incisos 1, 2 y 3 del artículo 4 de la Ley 1762 de 2015 por los cargos analizados.

SEGUNDO: Declarar **EXEQUIBLES** los incisos 1, 2 y 3 del artículo 6 de la Ley 1762 de 2015 por los cargos analizados.

TERCERO: Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*por cualquier medio*”, contenida en el artículo 8 de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados.

CUARTO: Declarar **EXEQUIBLES** los apartes demandados del artículo 11 de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados, salvo la expresión “*o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*” prevista en la misma norma, la cual se declara **INEXEQUIBLE**.

QUINTO: Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, los apartes demandados de los artículos 14 y 15 de la Ley 1762 de 2015.

SEXTO: Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 51 de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados.

2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN

2.1. RATIO DECIDENDI (RD)

DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, CONTRABANDO Y FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO- No vulnera el non bis in ídem.

La Corte sostuvo frente a que se dé una posible vulneración del non bis in ídem por prever como “delitos fuente o delitos subyacentes del lavado de activos, el contrabando y el favorecimiento y facilitación del contrabando” determinó que:

“cada uno de esos delitos reprimen comportamientos suficientemente individualizados y, por lo tanto, su realización puede generar un posible concurso de delitos el que, al tratarse de

descripciones típicas diferentes en cuanto a su acción y objeto sobre el cual recaen, no desconocen la prohibición de bis in ídem”. (Corte Constitucional , 2016)

De acuerdo con esto en primer lugar la Corte constitucional afirma que al existir delitos fuente o subyacentes del lavado de activos tales como lo son los enunciados por esta corporación, el contrabando, y el favorecimiento y facilitación del contrabando. Se expone en esta sentencia que el lavado de activos y los denominados delitos fuente pueden concursar, al ser cada conducta diferente de las otras.

No obstante en esta misma oportunidad la Corte también concluyó que: *“le corresponderá al operador jurídico de la norma penal, fiscal y juez, en cada caso concreto, aplicar las reglas relativas al concurso de delitos, en particular, las de subsidiariedad y consunción en materia penal, para garantizar el principio non bis in ídem, cuando las mismas acciones que puedan identificarse como favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, recaigan sobre los mismos objetos materiales o bienes, como la mercancía objeto de contrabando, para imputar responsabilidad por uno de los dos comportamientos punibles. En este sentido, se concluyó que las partes demandadas de la norma son exequibles.* (Corte Constitucional , 2016)

Lo expuesto anteriormente que fue concluido por la Corte Constitucional, es de suma importancia para el presente trabajo de investigación puesto que la Corporación ha dicho que aunque se puede presentar un concurso entre el delito de lavado de activos y su respectivos delitos subyacentes, cuando existan mismas acciones y también que exista identidad de objetos o bienes y sobre estos recaiga la conducta a imputar, se debe acudir a la solución de lo que se denominaría un concurso, empleando los principios para resolver el mismo, tales como; el principio de subsidiariedad y consunción, de esta forma como se ha pretendido exponer a lo largo del trabajo se evitaría la violación al principio del non bis in ídem, imputando uno de los comportamientos

atribuibles, aunque en esta sentencia se trata del lavado de activos, contrabando y favorecimiento del contrabando, es perfectamente aplicable a más delitos que son puestos a concursar cuando en realidad no debería ser así. De acuerdo con esta corporación corresponde al operador jurídico de la norma penal, fiscal y juez en el caso concreto aplicar los preceptos o reglas del concurso, por tanto son estos quienes deben aprender dichas reglas o ponerlas en práctica para que en el desarrollo del proceso penal no se incurra en la vulneración del principio enunciado con anterioridad.

La Corte también afirma que: “(...) *la garantía del non bis in idem, en su componente material, no debe ser interpretada en su literalidad, es decir, como la absoluta prohibición de la imposición de más de una sanción, por un solo hecho ya que, como lo ha admitido esta Corte, es válido, desde el punto de vista constitucional, la imposición de varias sanciones, cuando éstas persiguen finalidades diferentes o tienen un objeto y causa distintas*” en este orden de ideas la Corte sigue en esta ocasión la jurisprudencia citando las sentencias C-870 de 2002 y C-478 de 2007 respecto de este tema, sosteniendo que es posible juzgar y sancionar dos veces el mismo comportamiento sin que se violente el non bis in ídem, en los siguientes casos: “(i) *cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa.*” Por tanto como ya se ha expuesto la Corte admite la posibilidad de realizar varios enjuiciamientos del mismo hecho cuando tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades, todo según la corporación para que pueda ser constitucionalmente válido, siendo necesario según su tesis que

“las tipificaciones estén dirigidas a atender la vulneración diferentes bienes jurídicos o el mismo, pero que se vulnere de manera distinta”.

Una vez expuesto los planteamientos de la Corte Constitucional, es notorio que los mismos en primer lugar son confusos y en segundo lugar aunque se presente como constitucional que se pueda juzgar dos veces el mismo hecho cuando existan diferentes fundamentos normativos y diversas finalidades, habría que analizar de forma precisa cada caso concreto, observando si existe identidad en el hecho, es decir que una sola conducta se esté sancionando con dos o más delitos, puesto que si se diera una doble valoración a un mismo hecho podrían presentarse menoscabos a derechos y garantías constitucionales, ya que existen casos en los que evidentemente cuando concursan delitos tales como el de estafa y falsedad en documento privado haciendo uso del criterio según el cual *“la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho”*, se violentan las garantías de aquel a quien se le imputa dicho concurso. Es cuestión de analizar si realmente se está imputando de manera correcta, si en realidad se da un concurso o solo existe una conducta con la cual se vulnera un solo precepto penal.

1. MARCO DECISIONAL

1.1. IDENTIFICACIÓN Corte Constitucional

Número	Sentencia C-464
Fecha	9 de julio de 2014
Magistrado Ponente	Alberto Rojas Ríos

Aclaran el voto	Luis Ernesto Vargas Silva María Victoria Calle Correa Jorge Iván Palacio Palacio
Salvan el voto	Mauricio González Cuervo Luis Guillermo Guerrero Pérez Gloria Stella Ortiz Delgado
1.2. NORMA DEMANDADA	
Ley 1453 de 2011 <i>“ARTÍCULO 93. EXPLOTACIÓN DE MENORES DE EDAD. El que utilice, instrumentalice, comercialice o mendigue con menores de edad directamente o a través de terceros incurrirá en prisión de 3 a 7 años y el menor será conducido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para aplicar las medidas de restablecimientos de derechos correspondientes.</i> <i>La pena se aumentará a la mitad cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.</i>	
1.3 ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN	
La accionante fundamenta su demanda de acuerdo con la sentencia en los siguientes aspectos: 1.-“La conducta prescrita en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 relativa a la explotación de menores genera una confusión típica cuando se observa de conformidad con el artículo 188-A del Código Penal (Ley 599 de 2000) que consagra el tipo penal de trata de personas.” (Corte Constitucional , 2014)	

2. En palabras de la demandante *“la conducta típica descrita en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 y que establece la explotación de menores de edad (en diferentes modalidades, por cuanto entraña su utilización, instrumentalización, comercialización o el ejercicio de la mendicidad), coincide con los aspectos fácticos, jurídicos y aún probatorios de la conducta punible que concibe el delito de trata de personas establecido en el artículo 188 A del Nuevo Código Penal, al configurarse este por la explotación de las personas (incluidos los menores de edad cuando en el artículo 188 B se prevén las circunstancias de agravación) en sus diferentes modalidades, creándose una confusión típica, toda vez que los dos tipos penales entrañan la misma conducta y buscan proteger el bien tutelado que es **“la libertad individual y autonomía personal”** (Corte Constitucional , 2014)*

3. Considera la accionante que el artículo 188-A del Código Penal Colombiano subsume la conducta consagrada en el artículo 93 de la ley 1453 de 2011, y esto es una vulneración al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, puesto que el primero contempla una pena de 13 a 23 años frente al adulto que sea víctima de este delito, y el segundo tiene como pena de 3 a 7 años para quien explote a un menor de edad.

Una vez expuestos de forma breve los hechos que dieron lugar a esta sentencia es necesario exponer los planteamientos de esta corporación respecto del concurso de tipos penales, en qué consiste, como se soluciona y cuál es su finalidad.

1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIA LA CORTE (PJC)

“En atención a los cargos formulados en el escrito de la demanda, esta Sala Plena debe resolver, en primer lugar, si el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, que establece el tipo penal de explotación de menores de edad, se entiende subsumido completamente en el tipo penal de trata de personas (artículo 188-A y B del Código Penal). Determinado lo anterior, la Sala establecerá si el artículo demandado: i) vulnera el principio de igualdad, contenido en el artículo 13 de la Constitución y; ii) el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución. Finalmente, la Sala se detendrá en la expresión “mendigue con menores”, con el fin de ilustrar la interpretación constitucional de la locución, de conformidad con el principio de debido proceso.”(Corte Constitucional, 2014)

Con el propósito de realizar el estudio respectivo, la Sala Plena de la Corte Constitucional se refirió en esta oportunidad entre otros a los siguientes temas: (i) comparación entre los tipos penales en conflicto; (ii) concurso de conductas punibles y principios penales de interpretación

1.6. DECISIÓN

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el contenido normativo del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido que la expresión “mendigue con menores de edad” tipifica exclusivamente la utilización de menores de edad para el ejercicio de la mendicidad y no el ejercicio autónomo de la misma en compañía de estos.

2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN

2.1. RATIO DECIDENDI (RD)

El concurso de tipos penales se presenta cuando:

“Cuando uno o varios comportamientos de la misma persona coetáneamente encuadran en varios tipos penales que, sin excluirse el uno del otro, deben aplicarse simultáneamente.” (Corte Constitucional , 2014)

La teoría del concurso tiene como finalidad: *“determinar conforme a la ley vigente, la teoría de unidad y pluralidad de conductas y tipicidades y los criterios de política criminal como proporcionalidad, razonabilidad, necesidad, autonomía del bien jurídico, non bis in ídem e igualdad material, una sanción punitiva adecuada que refleje el verdadero grado del injusto penal y la culpabilidad existente, según las distintas estructuras de pluralidad normativa de tipos penales.”* (Corte Constitucional , 2014)

En concordancia con lo que explica la Corte en esta ocasión como finalidad del concurso y en total acuerdo es de resaltar que el concurso debe atender a principios tales como proporcionalidad, razonabilidad, necesidad y non bis in ídem entre otros, pero sobre cómo lo menciona esta corporación *“una sanción punitiva adecuada que refleje el verdadero grado del injusto penal”*. Considerando esto como el deber ser, al contrastarse con la realidad del proceso penal en Colombia es posible determinar que esta realidad está alejada del deber ser, puesto que concursan tipos penales que coinciden en acción y objeto es decir; no se lesiona pluralidad de bienes jurídicos ni se comete varias veces la misma infracción con una misma conducta, y al concursar se vulneran estos principios que fundamentan la teoría del concurso.

La Corte Constitucional citando la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 25 de julio de 2007, en criterio de esta última el concurso material es: *“el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano*

subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes". (Corte Constitucional , 2014)

Nos tomamos la atribución de subrayar un apartado en el párrafo anterior, con el fin de resaltar que para que se configure un concierto los delitos que realice una persona los mismos deben ser autónomos e independientes de forma objetiva y subjetiva, lo cual en casos concretos no se tiene en cuenta, Por ejemplo: el concurso que en Colombia es comúnmente imputado entre la estafa y falsedad en documento privado, delitos que no son excluyentes entre sí pero en ocasiones, no en todos los casos, no debería concursar, tal es el caso en el cual se falsifica un documento privado con el fin de estafar a una o varias personas, la primera conducta es subsumida por la segunda, para solucionar estos problemas se debe acudir a las reglas y principios del concurso.

Conclusiones

1. Desde lo que puede ser considerado como un aporte del neoconstitucionalismo; que transforma y renueva la ciencia del derecho, llamado a fundamentar los principales planteamientos de esta tesis y sujetándonos a este como el modelo constitucional colombiano, es posible determinar que a partir de la calcificación de los delitos por conductas y no por bienes jurídicos, se daría una herramienta eficaz al operador jurídico para que de esta forma realice un ejercicio menos automatizado, más dinámico y que sea concordante con la realidad de cada proceso, para que se aplique como ya se ha mencionado la conducta que sea de acuerdo con su riqueza descriptiva la más adecuada al caso concreto. Además se hace necesario que los operadores jurídicos se rijan y hagan uso adecuado de los valores y principios constitucionales.

El neoconstitucionalismo plantea la necesidad de limitar el poder estatal, lo cual se hace necesario a la hora de aplicar el derecho penal, esta corriente resalta la importancia de respetar los derechos fundamentales y de garantizarlos de forma óptima y suficiente. Una forma de limitar el poder estatal es limitando al legislador, el cual en los últimos años ha creado delitos que; ya se encontraban penados dentro de otros delitos o estaban tipificados dentro de las circunstancias de agravación punitiva lo cual genera más tipos penales que a la hora de llevarse a la realidad no contribuyen a una correcta aplicación del derecho penal en Colombia, este fenómeno puede responder bien sea al populismo punitivo o a diferentes circunstancias que en el proceso penal solo conllevan a conflictos innecesarios para el operador judicial.

2. Es posible clasificar los delitos a partir de la conducta penalmente relevante en vez de hacerlo desde el bien jurídico; partiendo de que las teorías del derecho penal surgen desde la acción, es decir; el comportamiento o conducta desplegada por el autor. Razón por la cual la clasificación del Código Penal en su parte especial debería precisamente fundamentarse en estas.

3. Al fraccionarse un mismo hecho o una sola conducta en varios delitos, ya sea para su juzgamiento dentro de un mismo proceso o en diferentes procesos atenta de forma clara contra la protección al principio de non bis in ídem. Es apenas lógico que una misma conducta no tendría por qué afectar dos o más bienes jurídicos, una forma de evitar la confusión al operador jurídico para determinar qué bien jurídico se ve afectado o puesto efectivamente en peligro, es el tener el catálogo de delitos, clasificado en conductas, para evitar confusiones que puedan conllevar a violentar el debido proceso de los autores sometidos en el proceso penal.

4. Al observarse en primer lugar el derecho fundamental al debido proceso, se debe entender que el principio non bis in ídem está inmerso en este, pero al analizar el principio non bis in ídem ne bis in ídem o no dos veces por lo mismo, es necesario hacerlo de forma integral como se

desarrolla a lo largo del trabajo, teniéndolo en cuenta desde la perspectiva que lo entiende como no juzgar a una determinada persona dos veces por un mismo hecho ya sea dentro de un mismo proceso o en procesos diferentes y desde aquella que hace referencia a la cosa juzgada, es decir; no se debe entender solo desde esta última.

De acuerdo con los pronunciamientos de las altas cortes colombianas este principio impide que se haga una doble imputación o juzgamiento sobre un mismo hecho, gracias a este principio no es lícito a los jueces fraccionar un hecho para convertirlo en varios delitos. Actuando como una garantía y protección al acusado. Al imputarse a una persona dos delitos derivados de un mismo hecho como se muestra en el ejemplo del enriquecimiento ilícito y la estafa; derivados de una sola actuación, se produce una reiteración del ius puniendi del estado.

El non bis in ídem debe ser fundamental cuando se estudia en la práctica real del derecho penal si existe o no en un determinado caso concreto un concurso de hechos punibles, ya que lo que denota la práctica es que se toma como concurso real, hechos que ciertamente serían apenas un concurso aparente. En cuanto a los concursos que se pueden presentar en el derecho penal y según lo que ha dicho la doctrina respecto de estos, es difícil de comprender que una sola acción, pueda derivar en más de un delito, al no existir más de una conducta, claro está para cada regla existe una excepción.

5. En concordancia con las sentencias citadas para realizar un contraste entre planteamiento principal que se hace en el presente trabajo en cuanto a la vulneración de preceptos, derechos y garantías constitucionales como el non bis in ídem y lo que sucede en la práctica penal, podemos deducir que en Colombia existe desde la jurisprudencia herramientas que sustentan nuestra tesis, según la cual en algunas ocasiones y con la imputación de determinados delitos al ponerlos en

concurso se violenta el non bis in ídem o no dos veces por lo mismo, debido a que la Corte Constitucional sostiene que para no vulnerar este principio constitucional, debe existir acciones perfectamente diferenciables y diferenciadas para que se dé la afectación a dos delitos y los mismos puedan ser imputados, para de esta forma no caer en una doble imputación, doble valoración y mucho menos doble juzgamiento. Sin embargo una es la teoría que sostienen las Honorables Cortes y otra es la que aplican, generando una evidente confusión que impacta de forma negativa en la manera en que se castigan o penan los delitos, puesto que en los casos ejemplificados y/o expuestos, se ve de forma clara que se está imputando y posteriormente penando varios delitos, que en realidad se derivan de una sola acción y por lo tanto solo deberían ser castigados con una determinada pena, afectando el principio non bis in ídem.

6. Por último queremos resaltar que si bien consideramos posterior a este estudio que es viable realizar una nueva clasificación al Código Penal Colombiano, como lo hicimos a manera académica y lo exponemos en el anexo, esta es un planteamiento que hacemos desde la academia y que para nosotros puede resultar bastante útil para facilitar la tarea de los operadores judiciales y a su vez evitar la violación de garantías y derechos constitucionales. Es decir; consideramos este estudio como un aporte a que se podría hacer y que podría beneficiar a la comunidad.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2005). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En M. Carbonell Sánchez, *Neoconstitucionalismo (s)* (págs. 31-48). Madrid: Trotta.
- Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau, G. y. (1996). *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Birnbaum, J. (1834). *Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*.
- Carrasquilla, J. F. (s.f.). *Principios y normas rectoras del derecho penal*.
- Congreso de Colombia. (24 de Julio de 2000). *Ley 599 de 2000*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (10 de Diciembre de 1993). Sentencia No. T-575 de 1993. Bogotá.
- Corte Constitucional. (09 de Febrero de 1995). Sentencia No. C-038 de 1995.
- Corte Constitucional. (05 de Febrero de 1996). Sentencia No. T-039 de 1996. Bogotá.
- Corte Constitucional. (13 de Agosto de 1999). *Sentencia No. T-589 de 1999*. Bogotá.
- Corte Constitucional. (30 de Mayo de 2001). Sentencia No. C-554 de 2001. Bogotá.
- Corte Constitucional. (15 de Octubre de 2002). Sentencia No. C-870 de 2002. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia. (18 de Febrero de 2000). Proceso No. 12820. Bogotá, Colombia.
- Corte Suprema De Justicia. (26 de Marzo de 2007). Proceso No. 25629.
- Corte Suprema De Justicia. (28 de Noviembre de 2007). Proceso No. 25925. Bogotá.

Corte Suprema De Justicia. (21 de Junio de 2017). Proceso No. 49619.

Cote-Barco, G. E. (2008). Constitucionalización del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena. *Vniversitas*, 119-151.

Cuéllar, J. B., & Lynett, E. M. (2013). *El proceso penal - Fundamentos Constitucionales y teoría general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cuellar, J. B., & Montealegre Lynett, E. (2013). *El Proceso Penal*. Bogotá: Univeridad Externado de Colombia.

Fernández Carrasquilla, J. (2006). *Derecho Penal Liberal de Hoy*. Bogotá: Gustavo Ibáñez.

Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

García, É. G. (2006). *Teoría de los bienes jurídicos*. Bogotá: Ibañez.

González Rus, J. J. (1983). *Bien juridico y constitución*. Madrid: Fundación Juan March.

Gutiérrez Castaño, E. D. (2015). Concurso de conductas punibles. En U. d. Medellín, *Derecho Penal - Parte General* (págs. 667-676). Medellín: Universidad de Medellín.

Hormazábal Malareé, H. (1991). *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (El objeto protegido por la norma penal)*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.

López Medina , D. (2002). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.

Posada Arboleda, N. R., Escobar López, É., Ortiz Alzate, J. J., Muñoz Valencia, R. D., Salazar Marín, G., Botero Bernal, J. F., . . . Guitiérrez Castaño, E. D. (2011). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos*. Medellín: Universidad de Medellín.

- Prieto Sanchís, L. (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonell Sánchez , *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 123-158). Madrid: Trotta.
- Ramón, G. A. (1995). *Non Bis In Ídem material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs Editorial.
- Reyes Alvarado, Y. (1998). *Bien jurídico y derecho disciplinario*. Bogotá: Renacimiento S.A.
- Rodríguez Villabona, A. A. (2016). La constitución y el constitucionalismo: su diversidad conceptual, histórica y social. En C. Blanco Alvarado, *Tendencias Jurídicas del Derecho Público* (págs. 167-236). Bogotá: Ibañez.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Zaffaroni, E. R. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.