



## **LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-181 DE 2016 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

**LUISA FERNANDA MARTÍNEZ ESPINOSA  
JUAN JOSÉ PEÑA CUERVO  
LUIS ALEJANDRO PEÑA CUERVO**

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.37.2016.05>

**Universidad de los Andes  
Facultad de Derecho  
Rev. derecho publico No. 37  
julio - diciembre de 2016. e-ISSN 1909-7778**

## **La reincidencia en el derecho penal colombiano: análisis de la Sentencia C-181 de 2016 de la Corte Constitucional**

### **Resumen**

En este artículo se abordó el cuestionamiento de la constitucionalidad de la figura jurídico penal de la reincidencia en relación con el principio y derecho fundamental del *non bis in idem* en el ordenamiento jurídico colombiano. Se partió del análisis y crítica de los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-181 de 2016, develándose así la imprecisión conceptual con la cual esta autoridad jurisdiccional declara la constitucionalidad de un inciso del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, que impone la agravación de la pena de multa en caso de haber sido la persona condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez años anteriores a la comisión de un nuevo delito.

**Palabras clave:** constitucionalización del derecho penal, reincidencia, *non bis in idem*, principio de prohibición de la doble incriminación, principio de prohibición de la doble punición, pena de multa.

## **The recidivism in the colombian criminal law: analysis of the Sentence C-181 de 2016 of the Corte Constitucional**

### **Abstract**

This article to address the question of the constitutionality of criminal legal figure of recidivism in relation to the principle and right fundamental of *non bis in idem* in the Colombian criminal law. Starting from the analysis and criticism of the arguments of the Corte Constitucional de Colombia in the sentence C-181 of 2016, showing inaccuracies with which this judicial authority declares the constitutionality of article 46 of Law 1453 of 2011 amending article 39 of Law 599 of 2000, which in one of its subsections impose the aggravation of penalty fine to the person convicted for crime intentional or preterintencional within the ten years prior to the commission of a new crime.

**Keywords:** constitutionalization of criminal law, recidivism, *non bis in idem*, prohibition of double criminality, prohibition of double punishment, penalty fine.

## **A reincidência no direito penal colombiano: análise da Acórdão C-181 de 2016 da Corte Constitucional**

### **Resumo**

Neste artigo si abordou o questionamento da constitucionalidade da figura jurídica penal da reincidência em relação com o princípio e direito fundamental do *non bis in idem* no ordenamento jurídico colombiano. Si partiu da análise e crítica dos argumentos da Corte Constitucional de Colombia no acórdão C-181 de 2016, descoberta assim a imprecisão conceitual com a qual esta autoridade jurisdiccional declara a constitucionalidade de um inciso do artigo 46 da Lei 1453 de 2011, que modifica o artigo 39 da Lei 599 de 2000, que impõe a agravamento da pena de multa em caso de haver sido a pessoa condenada por delito doloso ou preterintencional dentro dos dez anos anteriores a cometer um novo delito.

**Palavras-chave:** constitucionalização do direito penal, reincidência, *non bis in idem*, princípio da proibição da dupla incriminação, princípio da proibição da dupla punição, pena de multa.

# La reincidencia en el derecho penal colombiano: análisis de la Sentencia C-181 de 2016 de la Corte Constitucional\*

LUISA FERNANDA MARTÍNEZ ESPINOSA<sup>1</sup>

JUAN JOSÉ PEÑA CUERVO<sup>2</sup>

LUIS ALEJANDRO PEÑA CUERVO<sup>3</sup>

## SUMARIO

Introducción – I. LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE PUNITIVO – A. *La reincidencia en la doctrina penal* – 1. Noción y clases de reincidencia – 2. Posturas doctrinales frente a la reincidencia – B. *Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la reincidencia en materia penal* – II. PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO – A. *La relación jurídica entre los principios de non bis in idem, cosa juzgada y prohibición de la doble incriminación* – B. *Principio de la prohibición de la doble punición* – III. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO QUE ESTABLECE LA REINCIDENCIA EN EL ARTÍCULO 46 DE LA LEY 1453 DE 2011 QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY 599 DE 2000 – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

---

\* Cómo citar este artículo: Martínez Espinosa, L. F., Peña Cuervo, J. J. y Peña Cuervo, L. A. (Diciembre, 2016). La reincidencia en el derecho penal colombiano: análisis de la sentencia C-181 de 2016 de la Corte Constitucional. *Revista de Derecho Público*, (37). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.37.2016.05>

1. Abogada de la Universidad Santiago de Cali (USC). Candidata a doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Docente de tiempo completo USC. Consejera de Facultad. Directora del semillero de investigación Eduardo Umaña, de la USC, seccional Palmira.
2. Abogado de la Universidad Santiago de Cali (USC). Estudiante de Maestría en Derecho de la USC. Integrante del semillero de investigación Eduardo Umaña, de la USC, seccional Palmira.
3. Abogado de la Universidad Santiago de Cali (USC). Estudiante de Maestría en Derecho de la USC. Integrante del semillero de investigación Eduardo Umaña, de la USC, seccional Palmira.

## Introducción

La reincidencia en el derecho penal ha tenido un debate sobre su existencia y operatividad por parte de la doctrina y la jurisprudencia, desde el siglo pasado hasta la actualidad, en diversos Estados europeos y latinoamericanos —Italia, España, Argentina, Brasil, Chile, Uruguay y Colombia, por ejemplo—, debido a que esta figura jurídico penal despierta serias dudas sobre su concordancia semántica con algunos principios del derecho penal como son: el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio del *non bis in idem*, el principio de derecho penal de acto, entre otros. Pero cuando estos principios se incorporan en la Constitución Política, y se consolidan como verdaderas garantías para las personas y límites al *ius puniendi*<sup>4</sup> del Estado, se pasa de un debate netamente del derecho penal a un problema constitucional frente a la reincidencia.

La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-181 de 2016, se cuestiona sobre la existencia de la reincidencia en materia penal, a raíz del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad por parte de un ciudadano contra un inciso del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011 que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, el cual establece: “La unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores”, argumentando el actor que

dicho inciso es contrario al principio del *non bis in idem* establecido en el inciso 4 del artículo 29 de la Constitución Política colombiana de 1991 que señala: “Quien sea sindicado tiene derecho a (...) no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. En atención a ello la Corte en esta sentencia se propone el siguiente problema jurídico a resolver:

Determinar si ¿al establecer la duplicación de la unidad de multa (agravante) por reincidencia en delitos dolosos y preterintencionales condenados dentro de los 10 años anteriores a la comisión del nuevo delito, el Legislador vulneró el principio constitucional del *non bis in ídem* [sic], al presuntamente establecer la posibilidad de una doble sanción penal a una persona por una conducta punible juzgada y sancionada previamente? (CConst., C-181/2016, G. Ortiz).

La Corte Constitucional, en la misma sentencia (C-181 de 2016) declara finalmente la constitucionalidad del inciso demandado del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011 que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000; sin embargo, se evidencia que la Corte en esta sentencia realiza una argumentación con poca rigurosidad teórica y con nula disertación conceptual, a partir de la cual se permite la intromisión de la reincidencia en la pena de multa en el derecho colombiano. Por lo que el problema de investigación que surge para este artículo científico es: ¿Cuál es la imprecisión conceptual en

4. Es la facultad que tiene el Estado de declarar como punibles determinadas conductas humanas y de imponerles consecuencias jurídicas, ya sean penas, medidas de seguridad, multas o cual sea que determine el legislador.

que incurre la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-181 de 2016, al estudiar la constitucionalidad de la circunstancia de agravación punitiva de la reincidencia de la pena de multa frente al principio y derecho fundamental del *non bis in idem*?

Para dar respuesta a esta pregunta, en primer lugar se estudia la figura jurídica de la reincidencia en el derecho penal, señalando la noción, clases y posturas que plantea la doctrina al respecto, además de realizar un examen a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la reincidencia en materia penal. Posteriormente se aborda el análisis del principio del *non bis in idem* en el ordenamiento jurídico colombiano, explicando la relación jurídica entre este y los principios de cosa juzgada y de prohibición de la doble incriminación, así como el principio de la prohibición de la doble punición. Con base en los elementos teóricos encontrados, en el tercer aparte se hace un análisis sobre la constitucionalidad del inciso que establece la reincidencia en el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000. Finalmente, se exponen las conclusiones.

En cuanto al aspecto metodológico, se trata de una investigación básica-jurídica pues se estudia la reincidencia que se establece en uno de los incisos del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, desde una perspectiva jurídica penal y constitucional, analizando lo que argumenta la Corte Constitucional en su sentencia C-181 de 2016, privilegiando la sistematización de

los conceptos jurídicos a partir de la doctrina y la jurisprudencia. El tipo de estudio es descriptivo-correlacional debido a que se hace una caracterización de la reincidencia en materia penal y del principio del *non bis in idem*, para luego evidenciar si existe una relación de incompatibilidad. Por esta razón, el método utilizado es el análisis y la síntesis, pues se fragmentan las dos principales variables de la investigación: la reincidencia en materia penal y del principio del *non bis in idem*, para luego reunir lo encontrado y corroborar si son compatibles semánticamente. Las fuentes de esta investigación son: la Constitución Política, el Código Penal, sentencias de la Corte Constitucional, libros, tesis, monografías y artículos científicos de derecho sobre el tema objeto de investigación.

El propósito de este estudio consiste, entonces, en determinar la imprecisión conceptual en que incurre la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-181 de 2016, al estudiar la constitucionalidad de la circunstancia de agravación punitiva de la reincidencia de la pena de multa frente al principio y derecho fundamental del *non bis in idem*. Realizar este análisis es importante debido a que i) puede encontrarse una respuesta más coherente y racional frente a la circunstancia de agravación punitiva de la reincidencia, que aquella que propone la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2016; ii) de encontrarse dicha respuesta se estaría contribuyendo a la completud del derecho penal en el contexto del Estado constitucional de derecho colombiano, tal como lo plantea de una forma general

para cualquier Estado constitucional la teoría del garantismo elaborada por Ferrajoli (1995). Además, aquello que está en juego es la constitucionalidad y, en últimas, la legitimidad de la intromisión del Estado colombiano en un derecho humano como lo es la propiedad, el cual se encuentra en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ya que la pena de multa se dirige contra el patrimonio económico de la persona condenada y la reincidencia agrava, precisamente, esta pena.

## I. LA REINCIDENCIA COMO AGRAVANTE PUNITIVO

La reincidencia es un concepto jurídico amplio que se moldea de acuerdo con la disposición jurídica en que se encuentre, con lo que podría decirse que tiene una característica: la plasticidad. Esta figura jurídica se encuentra establecida en normas de diversas áreas del derecho colombiano: (i) el derecho administrativo, en los artículos 17 y 26 de la Ley 1762 de 2015; (ii) el derecho disciplinario, en los artículos 25 y 26 de la Ley 43 de 1990 que adiciona la Ley 145 de 1960; (iii) el derecho comercial, en el Decreto 410 de 1971, artículos 216, 1346 y 58 —modificado por el artículo 28 de la Ley 1762 de 2015—; (iv) el derecho vial, en la Ley 769 de 2002, artículos 26, 124 y 152 —modificado por el artículo 5 de la Ley 1696 de 2013—; (v) el derecho carcelario, en la Ley 65 de 1993, artículos 128 y 137 —modificado por el artículo 83 de la Ley 1709 de 2014—, así como el artículo 30 de la Ley 504 de 1999 que adiciona al artículo 150 de la Ley 65 de 1993; y (vi) el

derecho penal, en la Ley 599 de 2000, artículo 319 modificado por el artículo 4 de la Ley 1762 de 2015, y el artículo 39 modificado por el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011.

La reincidencia, si bien es un fenómeno valorado y regulado por el derecho, ha sido también objeto de estudio por parte de psicólogos, sociólogos y criminólogos, lo que propicia la dificultad de alcanzar claridad y precisión en su concepto, características y operatividad. A continuación se estudia la reincidencia desde una perspectiva jurídica, buscando señalar sus fundamentos e implicaciones en el derecho penal.

### A. La reincidencia en la doctrina penal

Existe un gran número de doctrinantes en el mundo, específicamente de Europa y Latinoamérica, que se han dedicado a precisar lo que significa la reincidencia en el derecho penal, y han generado una considerable producción intelectual en la que se indican las características y problemáticas de esta figura jurídica. Como el propósito de esta investigación no consiste en realizar un estudio detallado de la propuesta de cada doctrinante, a continuación se indican los autores más nombrados por la doctrina y la jurisprudencia por su contribución al tema, buscando ofrecer un panorama general.

#### 1. Noción y clases de reincidencia

Una de las nociones de reincidencia más acertadas y completas es la propuesta por Zaffaro-

ni (1992), al plantear que esta figura jurídico penal es “la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito”. (p. 1).

En esta misma línea, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-181 de 2016 comprende adecuadamente lo que es la reincidencia, definiéndola como “una recaída en el delito, por parte de quien ya había sido condenado penalmente con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos, pues agrava la pena del nuevo delito”. Afirma además la Corte en esta misma sentencia, que la reincidencia es un elemento accidental y accesorio a la pena y al delito en sí mismo considerado, ya que no condiciona la existencia de los elementos dogmáticos que son: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

Sobre la noción de reincidencia existe variedad de propuestas que han sido elaboradas por doctrinantes como Bettiol (1965), Carrara (1973; 1976), Donna e Iuvaro (1984), Ferri (1933), Jiménez de Asúa (1997), Latagliata (1963), Maggiore (1989), Ossa (2012), Ranieri (1975), Silveira (1998) y Zaffaroni (1992; 1988), sobre las cuales Peña (2016) afirma lo siguiente:

Así pues, con base en las anteriores definiciones de reincidencia realizadas por la doctrina penal y contextualizando sus plan-

teamientos sobre esta figura jurídico penal a Colombia, se puede afirmar que: (i) la reincidencia consiste en una especie de reiteración, pues sus elementos son al menos la comisión de dos delitos entre los cuales se haya impuesto sentencia condenatoria ejecutoriada por el primero de estos; (ii) se requiere para la existencia de la reincidencia que las sentencias de ambos delitos condenen a pena privativa de la libertad; (iii) la reincidencia debe ser probada y declarada judicialmente como sucede con toda circunstancia de agravación punitiva; (iv) esta figura jurídico penal es un estado que se le impone a la persona castigándose un aspecto de su personalidad, pues la experiencia de ser condenado se interioriza en el ser mismo del individuo y al tenerse en consideración para agravar la pena del segundo delito, la reincidencia valora a la persona por su supuesta peligrosidad, mayor capacidad para delinquir, inclinación al delito, refracción al poder represivo y educativo de la pena, perversidad o temibilidad, lo que significa que se castiga al individuo por lo que es; (vi) la reincidencia no abre nuevamente el debate de la culpabilidad o inocencia de la persona por la comisión del primer delito, al no investigarse, perseguirse o juzgarse otra vez al individuo por el delito sobre el cual ya se impuso sentencia condenatoria ejecutoriada, sino que esta figura jurídico penal conlleva es a someter a la persona nuevamente a pena por un comportamiento que ya ha sido sancionado penalmente mediante sentencia ejecutoriada al aumentar la pena por el segundo delito cometido. (pp. 80-81).

En el derecho colombiano la figura jurídico penal de la reincidencia se establece también para la pena de multa, en uno de los incisos del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011 que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, por lo que el segundo punto que señala Peña (2016) en la anterior cita es el único del que se aparta esta investigación, debido a que sí existe la posibilidad de establecer la circunstancia de agravación punitiva de la reincidencia en penas diferentes a la pena privativa de la libertad. Incluso, Cancino (1986) señala que la reincidencia se encontraba establecida en el artículo 137 de la Ley del 27 de junio de 1837 para penas como el destierro, la privación de empleo o profesión, la pérdida de derechos políticos, entre otras.

## 2. Posturas doctrinales frente a la reincidencia

Existe una variedad de posturas en la doctrina frente a la reincidencia en materia penal. Dichas posturas pueden conglomerarse al menos en dos grupos.

El primero está referido a las teorías afirmativas de la reincidencia, en razón a que buscan darle aceptabilidad en el derecho penal a la tipificación de esta circunstancia de agravación punitiva. Entre ellas se encontrarían: la teoría de la mayor culpabilidad, elaborada por Lattaglia (1963) y Martínez de Zamora (1971); la

teoría de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria, propuesta por Carrara (1973; 1976); la teoría de la mayor peligrosidad, de Ferri (1933); la teoría de la mayor inclinación al delito como característica de un tipo de autor, desarrollada por Bettiol (1965); y la teoría de la mayor capacidad para delinquir, planteada por Ranieri (1975).

El segundo corresponde a las llamadas teorías abolicionistas de la reincidencia, en razón a que no solo critican a esta figura jurídica sino que no aceptan su existencia y operatividad en el derecho penal. En este grupo calificarían: la teoría de la habitualidad, propuesta por Jiménez de Asúa (1997); la teoría de vulneración de garantías<sup>5</sup>, de Zaffaroni (1992); y la teoría del garantismo, elaborada por Ferrajoli (1995). Otros doctrinantes como Acosta (2002), Donna e Iuvaro (1984), Ossa (2012), Paulo (2009) y Silveira (1998), si bien no pueden encuadrarse dentro de este grupo por no proponer una teoría propiamente dicha, sí han indicado que la reincidencia configura una vulneración al *non bis in idem* y, como tal, no debe admitirse en el derecho penal de un Estado que esté orientado a la protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales de las personas.

Peña (2016), sistematizando las clasificaciones de la reincidencia elaboradas por Bettiol (1965), Carrara (1973; 1976), Cofre (2011), Jiménez de Asúa (1997), Lattaglia (1963), Maggiore (1989), Puig (1955), Zaffaroni (1988) y

5. Esta teoría propone que el *non bis in idem* se encuentra dentro de las garantías penales que pueden verse resquebrajadas por la tipificación de la reincidencia en las normas penales.

Ranieri (1975), propone que las clases de la reincidencia son:

(i) reincidencia real, verdadera o propia: para su constitución se requiere que la persona no solo haya sido condenada mediante sentencia ejecutoriada, sino que también que haya expiado, purgado o cumplido la pena impuesta en esta; (ii) reincidencia ficta, ficticia o impropia: para su existencia jurídica requiere tan solo que se haya impuesto la sentencia condenatoria ejecutoriada por el primer delito, no exigiéndose que la persona haya expiado, purgado o cumplido la pena impuesta mediante dicha sentencia; (iii) reincidencia específica o con analogía: es aquella en que incurre quien comete un nuevo delito de la misma naturaleza, especie o índole que el delito por el que antes fue penado o sancionado con sentencia condenatoria ejecutoriada; (iv) reincidencia genérica o sin analogía: consiste en que la persona comete un nuevo delito de distinta naturaleza, especie o índole que el delito cometido anteriormente y por el cual ya fue penado o sancionado mediante sentencia condenatoria ejecutoriada; (v) reincidencia temporal o de tiempo determinado: es aquella que tiene vigencia por un periodo establecido de tiempo, luego del cual la sentencia condenatoria impuesta por la comisión del segundo delito no puede ser agravada penalmente; (vi) reincidencia permanente o de tiempo indeterminado: es aquella que no tiene ningún término establecido, por lo que el estado de reincidencia es para toda la vida a quien le es impuesto; (vii) reincidencia simple: se presenta cuando

existe tan solo una anterior sentencia condenatoria ejecutoriada o pena expiada, purgada o cumplida; y (viii) reincidencia múltiple o plurireincidencia: consiste en que la persona anteriormente ha tenido varias sentencias condenatorias ejecutoriadas o penas expiadas, purgadas o cumplidas, es decir que en el pasado ya habido [sic] declaración judicial de reincidencia y nuevamente es declarada por el juez penal. (pp. 81-82).

La Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2016, ya comentada, señala una clasificación que se limita a explicar la reincidencia genérica, específica, propia e impropia. Concretamente afirma que es genérica e impropia la circunstancia de agravación punitiva de la reincidencia de uno de los incisos del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000. Sin embargo, con base en la clasificación de Peña (2016), se puede decir que la reincidencia en el artículo estudiado por la sentencia C-181 de 2016 es también una reincidencia temporal y simple.

### ***B. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la reincidencia en materia penal***

De la misma forma como en la doctrina pueden ilustrarse dos posturas frente a la tipificación de la reincidencia en el derecho penal, también pueden identificarse dos orientaciones en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: (i) la primera, que puede evidenciarse en las sentencias C-060 de 1994, C-184 de 1998 y C-077 de

2006, consiste en que la Constitución Política colombiana no posee ninguna norma jurídica que haga referencia a prohibir o permitir la reincidencia en el derecho penal, por lo que es competencia del legislador decidir si la tipifica o no; (ii) la segunda, ejemplificada en la sentencia C-252 de 2003, plantea que la reincidencia es una figura jurídico penal ilegítima por su connotación peligrosista, que vulnera derechos humanos y fundamentales, proveyendo de irracionalidad al derecho penal colombiano.

La diferencia entre estas dos posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional radica en que la primera desconoce el entramado de principios constitucionales que regulan y limitan la actividad legislativa en materia penal en Colombia, mientras que la segunda reconoce que debe existir una racionalidad en el derecho penal colombiano mediante el respeto de los derechos humanos y fundamentales, que se logra solamente con la adhesión y observancia de principios constitucionales como verdaderos vínculos jurídicos que les dan efectividad a estos derechos de las personas en el área penal.

Entonces, solo la segunda postura jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la figura jurídico penal de la reincidencia puede ser argumentable y razonable en el contexto del Estado constitucional colombiano, en razón a lo que connota e implica sobre el reconocimiento de las funciones de la Constitución Política de 1991 en el ordenamiento jurídico. En contrario, la postura expuesta en las sentencias C-060 de 1994, C-184 de 1998 y C-077 de 2006 no muestra coherencia ni asidero.

Un criterio para tener en cuenta, aunque no es vinculante, es el salvamento de voto del magistrado Jaime Córdoba Triviño a la sentencia C-062 de 2005 de la Corte Constitucional, donde critica la tipificación de la reincidencia en el derecho penal colombiano, plantea que esta circunstancia de agravación punitiva vulnera los principios constitucionales de derecho penal de acto y *non bis in idem*, y advierte que

cualquier esfuerzo que se haga en una democracia constitucional por darle legitimidad a la reincidencia está condenado al fracaso. Por definición, son incompatibles. La primera parte de la libertad del hombre, incluido el delincuente; la segunda, en cambio, parte de un ser ligado a la fatalidad de un destinto [sic] que él no maneja. Aquella concibe la pena como una restricción legítima de derechos derivada de la comisión de una conducta punible; esta, en cambio, es una ocasión para que el poder se ensañe contra el sujeto y para que le enrostre no solo su falta, sino también su personalidad, su vida, su ser mismo. La democracia pluralista es una apuesta por la dignidad del hombre; la reincidencia, un instrumento para su cosificación. (Motivo 9).

## II. PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En la relación entre la Constitución Política y el derecho penal pueden identificarse dos enfoques a partir de los cuales se puede analizar el rol de aquella en este: (i) el primero responde

a la orientación sistemática o dogmática, que propone que la Constitución tiene la función de limitar el insaciable *ius puniendi* del Estado mediante el reconocimiento y establecimiento de principios jurídicos que permitan garantizar los derechos de las personas; (ii) el segundo tiene que ver con la orientación sustancial, que propone que el poder punitivo del Estado debe estar fundado en la Constitución Política —en sus fines, objetivos, instrumentos y postulados tanto de argumentación como de aplicación en su fase legislativa y judicial—, lo cual implica que los principios del derecho penal no sean solo meros límites del *ius puniendi*, sino que además constituyan los fundamentos o pilares del derecho penal. (Durán, 2011).

La Corte Constitucional, en la mencionada sentencia C-181 de 2016, desarrolla la orientación sistemática o dogmática de la Constitución en el derecho penal colombiano, pues afirma que al legislador le asiste una amplia libertad de configuración normativa en el establecimiento de conductas punibles, la cantidad de penas correspondientes, y las circunstancias de atenuación y agravación punitivas; sin embargo, esta facultad no es absoluta pues encuentra límites en la Constitución Política, concretamente en los principios jurídicos y derechos fundamentales, como por ejemplo el *non bis in idem*, ya que por este el legislador no puede emitir normas jurídicas que permitan

que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por el mismo hecho, es decir auto-

rice a las autoridades que actúen de forma grosera, al volver a juzgar a una persona por la misma conducta por la cual otra autoridad ya se pronunció. (CConst., C-181/2016, G. S. Ortiz).

El origen del *non bis in idem* puede rastrearse hasta el derecho romano, y específicamente en la institución de la *res iudicata pro veritate habetur*,<sup>6</sup> consagrada en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, en el Libro IX, Título, II Número 9, cuyo contenido fue incorporado al derecho español en la Ley de las Siete Partidas, de Alfonso X (Ramírez y Álvarez, 2015). Esta última normatividad influyó en la aplicación e interpretación del derecho en Latinoamérica, en la época de la Colonia, debido a la hegemonía española que existió, y posteriormente contribuyó a que en la cultura jurídica de estos pueblos se afanzara el principio *non bis in idem*, llegando incluso hasta nuestros días en el artículo 29 de la Constitución Política colombiana de 1991.

Sobre el contenido del *non bis in idem*, Núñez (2009), parafraseando a Cafferata (2005), expresa que por este principio jurídico ninguna persona puede condenarse por la misma conducta por la que ya fue absuelta o condenada en el pasado, así como tampoco puede agravarse una pena impuesta con anterioridad por una nueva condena, ni menos estar expuesta al riesgo de que se materialice cualquiera de los supuestos anteriores por la apertura de un nuevo proceso.

6. *Res iudicata pro veritate habetur* (la cosa juzga se considera verdad).

Con base en lo anterior puede entenderse por qué, según la sentencia T-537 de 2002 de la Corte Constitucional, las razones jurídicas de la existencia del *non bis in idem* en el derecho son la seguridad jurídica y la justicia material: la primera apunta a la estabilidad que tienen las personas dentro del ordenamiento jurídico, prevaleciendo la certeza jurídica en las relaciones jurídicas sobre la indefinición e indeterminación; la segunda, la justicia material, de acuerdo con la sentencia T-577 de 1998 de la Corte Constitucional, significa que la función de la jurisdicción es dar resolución pronta a los procesos judiciales que conoce, pues si los soluciona luego de mucho tiempo los conflictos pueden muy seguramente agravarse.

Por lo tanto, el *non bis in idem* no es una ficción jurídica de poca importancia, sino una garantía a los derechos fundamentales de las personas, que conlleva al respeto de instituciones jurídicas de mayor relevancia social, política y jurídica (Pedroza, 2014). Según la Corte Constitucional, la relevancia de este principio jurídico radica en

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. (CConst., C-870/2002, M. Cepeda).

Lo razonable del *non bis in idem*, considera Fernández (2000), es que parte de la idea que

para cada delito unitario existe una pena legal unitaria, por lo que no se puede multiplicar o desdoblarse parcial o totalmente la imputación que debe hacerse de un solo delito en varios de estos, así como tampoco puede imponerse a este varias veces pena. La pena legal unitaria no significa que a un delito no pueda tipificarse e imponerse varios tipos de penas —como privativa de la libertad, multa, inhabilitación de ejercicio de profesión, etc.—, sino que conlleva a la imposibilidad de imponer varias veces pena cuando la ley expresa que solo debe imponerse pena en única oportunidad; con esto, puede plantearse la relación que existe entre el *non bis in idem* y el principio de legalidad en el derecho penal, pues acatar lo que expresamente indica la ley en cuanto al número de veces, cantidad y tipos de pena hace parte de aquello que prescribe el principio de tipicidad como subprincipio del principio de legalidad.

Más aún, doctrinantes como Alfonso y Cristancho (2010); Cano (2001); Contreras, Sánchez y Porras (2013); García (1989), Fernández (2000) y Sandoval (2009) plantean que la naturaleza jurídica del principio del *non bis in idem* es ser un subprincipio del principio de legalidad; criterio que es compartido por la Corte Constitucional al afirmar:

*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. (C-554/2001, C. Vargas).

Cano (2001) también opina que la naturaleza jurídica del principio del *non bis in idem* es ser un subprincipio del principio de proporcionalidad, debido a que resulta un exceso o desproporción permitir legalmente la doble sanción penal por un delito que se considera único, como también es una arbitrariedad realizar doble enjuiciamiento sobre una conducta que en el pasado ya se discutió y enrostró a la persona.

Por otro lado, también existe una relación jurídica ineludible entre los principios *non bis in idem*, cosa juzgada y prohibición de la doble incriminación, por lo que de forma usual se confunden y equiparan por la doctrina y la jurisprudencia, pero en realidad son tres principios diferentes. La Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2016 incurre en esta imprecisión conceptual, pues equipara los principios *non bis in idem* y prohibición de la doble incriminación, lo que la lleva a errar de bulto frente a la constitucionalidad de la figura jurídico penal de la reincidencia en la pena de multa en Colombia. En su criterio esta circunstancia de agravación punitiva

no infringe el principio del *non bis in idem* [sic] y se constituye en una medida de agravación punitiva que no se torna irrazonable, ya que la labor del juez al aplicar la norma que contiene el agravante punitivo, examina el nuevo delito, sin realizar valoraciones de la sentencia precedente que dan cuenta de la reincidencia del sujeto activo actual. Es claro

que el juez penal, no realiza un nuevo juicio a los hechos precedentes, ni a la suficiencia de la pena impuesta anteriormente, pues en este caso la certeza legal está protegida por el principio de cosa juzgada. (CConst., C-181/2016, G. Ortiz).

A continuación se explica la diferencia entre los principios *non bis in idem*, cosa juzgada y prohibición de la doble incriminación, señalando luego la inconstitucionalidad de la circunstancia de agravación punitiva de la reincidencia a partir de esta distinción.

### **A. La relación jurídica entre los principios de non bis in idem, cosa juzgada y prohibición de la doble incriminación**

La relación que existe entre los principios de *non bis in idem*, cosa juzgada y prohibición de la doble incriminación puede identificarse con base en la sentencia de casación penal del 26 de marzo de 2007, del proceso 25629 de la Corte Suprema de Justicia, en la que se afirma que el *non bis in idem*

Comprende varias hipótesis.

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

Dos. De una misma circunstancia no se pueden extraer dos o más consecuencias en

contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

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

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

Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina *non bis in idem* material. (CSJ Penal, 27 mar. 2007, p25629, A. O. Pérez)

Entonces, en el ordenamiento jurídico colombiano los principios de prohibición de la doble incriminación y de cosa juzgada son subprincipios del principio del *non bis in idem*, además de englobar este último los subprincipios de prohibición de la doble valoración y de prohibición de la doble punición. Este criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia es acogido por la Corte Constitucional en las sentencias C-229 de 2008, T-436 de 2008, T-866 de 2013, C-181 de 2016, entre otras.

Ahora bien, otro aspecto importante sobre el principio del *non bis in idem* que se ha puesto

en evidencia en la sentencia T-436 de 2008 de la Corte Constitucional, consiste en que este no es un principio exclusivo del derecho penal, sino que lo es del derecho en general, y un derecho fundamental de las personas en Colombia. Así, refiriéndose a la sentencia C-870 de 2002, en la sentencia T-436 de 2008 el alto tribunal describe el derecho fundamental del *non bis in idem* de la siguiente manera: (i) es un derecho de aplicación directa e inmediata; (ii) su contenido se refiere a que una vez concluido el proceso contra una persona no podrá iniciarse una nueva investigación o juzgamiento en la misma jurisdicción por la misma conducta, aunque sí hay posibilidad de hacerlo en jurisdicciones distintas, ya que los bienes jurídicos cambian de una jurisdicción a otra, lo que conlleva que no haya identidad de causa; (iii) no solo se predica sobre la sentencia por la que se termina el proceso frente a otros procesos, sino que sus efectos se extienden a todas las etapas del proceso haciendo que se impida una doble pena por una conducta única en el mismo proceso; (iv) solo pueden ser juzgadas por una vez las personas por una conducta que sea única; (v) las dobles penas o juzgamientos están prohibidos cuando se presente identidad de causa, objeto y sujeto.

La identidad de causa se refiere a las razones para investigar, juzgar o castigar en la misma jurisdicción protegiéndose dos veces un bien jurídico, cuando la proporcionalidad exige que solo puede protegerse por una vez uno de estos bienes; la identidad de objeto alude a que se está tratando la misma materia o conducta

en concreto sin importar del *nomen juris*<sup>7</sup> que se les otorgue; y por último, la identidad de sujeto se refiere a que la misma persona está siendo nuevamente investigada, enjuiciada o castigada (Ramírez, 2013; Sandoval, 2009). Estos tres elementos —causa o bien jurídico, objeto o materia y sujeto— deben coincidir en el mismo proceso o en diferentes procesos, ya sea en etapa de sustanciación o terminados con sentencia ejecutoriada,<sup>8</sup> para que pueda alegarse que existe una vulneración al principio y derecho fundamental del *non bis in idem*.

Por otra parte, el principio de cosa juzgada es “el atributo que la ley asigna a la sentencia firme —y a sus equivalentes— para que el caso concreto resuelto por ella se mantenga inmutable para el futuro, como garantía de seguridad jurídica” (Pérez, 2009, p. 302); la cosa juzgada si bien es un subprincipio del *non bis in idem*, puede ser identificada también como un principio del derecho en general y no solo del derecho penal, pues también se habla de cosa juzgada en áreas como el derecho de familia, el derecho laboral, el derecho agrario, el derecho administrativo, por ejemplo.

La Corte Constitucional en sentencia C-774 de 2001 precisa que el principio de cosa juzgada engloba la cosa juzgada formal y la cosa juzga-

da material. Al respecto, Calaza (2004) señala que estas son dos formas en que se manifiesta el principio de la cosa juzgada, cuya diferencia consiste en que la cosa juzgada formal imposibilita a través de los recursos alterar el contenido de una decisión judicial en firme e irrevocable dentro del mismo proceso, mientras que la cosa juzgada material imposibilita que se conozca el mismo objeto o materia de un proceso en el que se ha dado una decisión judicial firme e irrevocable, es decir, que impide abrir otro proceso y enjuiciar nuevamente.

En cuanto a la diferencia entre los principios *non bis in idem* y cosa juzgada, además de su relación género-especie, puede afirmarse que el primero de estos no solo da seguridad y permanencia a la sentencia en firme —como sí lo hace el principio de cosa juzgada—, sino que los efectos son generales para todo el proceso. Con toda razón Jiménez (2013) afirma:

El *non bis in idem* [sic] también se aplica en el evento de que un proceso se encuentre en sustanciación, es decir, en este caso, no hay cosa juzgada todavía, pero si se pretende iniciar un nuevo proceso por el mismo hecho, habiendo identidad objetiva y subjetiva, lo cual es imposible jurídicamente por el imperio del principio constitucional *non bis in idem*. (p. 19).

7. El *nomen juris* (nombre jurídico) hace referencia a la denominación y valoración que desde el derecho se le da a una conducta humana.

8. Este tipo de sentencia alude a que la decisión que se toma en ella y que resuelve el problema jurídico planteado es definitiva e inapelable, declarándose a la persona inocente o culpable. Sin embargo, existen en el ordenamiento jurídico colombiano excepciones a esto, como por ejemplo la acción de revisión, el subrogado penal de la libertad condicional, la acción de tutela, la amnistía, el indulto, la prescripción de la pena impuesta, la sentencia de juez extranjero como la Corte Penal Internacional, etc.

La Corte Constitucional en la sentencia C-774 de 2001 expresa que el principio de cosa juzgada posee dos funciones: (i) una negativa que consiste en prohibir a los jueces conocer, tramitar y fallar sobre lo ya conocido por otro juez; y (ii) otra positiva que versa en dar seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento mismo. Sobre esto, Calaza (2004) afirma que estas funciones referidas son de manera más precisa efectos de la cosa juzgada material, y agrega:

El efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material tiene gran importancia en el proceso penal puesto que, tal y como ha advertido la doctrina procesal que se ha ocupado de la presente cuestión, significa la plasmación del principio de la prohibición de la doble incriminación, garantía constitucional propia de países democráticos. (p. 143).

Entonces, se comprende que la naturaleza jurídica del principio de prohibición de la doble incriminación es ser un principio solamente del derecho penal y un subprincipio del principio de la cosa juzgada, además de constituir una garantía para las personas en relación con su dignidad y sus derechos humanos y fundamentales, pues les otorga seguridad y tranquilidad frente a que no se iniciará otra vez un proceso penal en su contra, en el que se les enrostre una conducta que ya está siendo o ha sido juzgada en otro proceso, dado que en virtud de este principio a

ninguna persona se le puede investigar y juzgar por idéntica conducta más de una vez,

dentro del “mismo expediente”; que contra nadie se pueden adelantar dos o más investigaciones o juicios al “mismo tiempo”; por conductas idénticas, en expedientes separados; que ninguna persona puede ser investigada o juzgada por comportamientos que ya han sido objeto de “decisión final”. (Pérez, 2009, p. 302).

La anterior distinción entre los principios del *non bis in idem*, de cosa juzgada y de prohibición de la doble incriminación es planteada de forma similar por Peña (2016), con la cual no se impide que para referirse al principio más particular —que es el principio de prohibición de la doble incriminación— no pueda hacerse uso de los principios jurídicos más generales —que son los principios del *non bis in idem* y de cosa juzgada—; esta puede ser la razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia emplean de manera indiscriminada la denominación de estos principios.

Sin embargo, la falta de rigurosidad teórica y la nula disertación conceptual sobre estos principios jurídicos puede llevar a imprecisiones, como la que se evidencia en la sentencia C-181 de 2016 de la Corte Constitucional, al reducir el contenido del principio del *non bis in idem* al del principio de prohibición de la doble incriminación, desconociendo con ello todos sus otros pronunciamientos:

El principio del *non bis in ídem* [sic] se encuentra consagrado en el numeral 4° del artículo 29 Superior, según el cual “(...) Quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juz-

gado dos veces por el mismo hecho”. Este principio se conoce por la jurisprudencia de esta Corte como la prohibición de doble incriminación, la cual tiene una estrecha relación con la institución de la cosa juzgada. (CConst., C-181/2016, C. Ortiz).

De esta manera, la constitucionalidad de la circunstancia de agravación punitiva de la reincidencia de la pena de multa en Colombia, que se establece en la sentencia C-181 de 2016 frente a un inciso del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, tiene como fundamento una confusión insubsanable entre el *non bis in idem* y el principio de prohibición de la doble incriminación, pues esta sentencia desconoce: (i) la connotación que tiene el *non bis in idem* como derecho fundamental; (ii) las relaciones jurídicas que tiene el *non bis in idem* con otros principios como el de legalidad y proporcionalidad; (iii) la operatividad que tiene el *non bis in idem* en otras ramas del derecho y no solo en el derecho penal; y (iv) la importancia que tienen todos los demás subprincipios que comprende el *non bis in idem* en su calidad de principio constitucional.

Es sobre este último aspecto que puede darse un punto de quiebre a la constitucionalidad de la reincidencia en la pena de multa en el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente haciéndose uso del principio de prohibición de la doble punición. En consecuencia, a continuación se estudia este principio jurídico y la

manera en que puede impedir la admisibilidad y operatividad de la reincidencia en materia penal en Colombia desde un plano constitucional, aspecto que fue pasado por alto en la sentencia C-181 de 2016 de la Corte Constitucional.

## **B. Principio de la prohibición de la doble punición**

De acuerdo con la sentencia de casación penal del 26 de marzo de 2007, proceso 25629 de la Corte Suprema de Justicia, el principio de prohibición de la doble punición en Colombia consiste en que una vez “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”. Igualmente, se afirma en la sentencia del 23 de febrero de 2016, proceso 84114, Sala de Casación Penal en su Sala de Decisión de Tutelas número 3, del mismo tribunal, que el principio de prohibición de la doble punición se expresa en la locución latina *nemo debet bis puniri pro uno delicto*<sup>9</sup>, que connota la garantía que tiene la persona de no tener que enfrentar la pena impuesta por una nueva sentencia condenatoria, ya que se está cumpliendo o ya se purgó la pena impuesta en el pasado por la misma conducta.

Así, el principio de prohibición de la doble punición parte del presupuesto, según Ferrajoli

9. *Nemo debet bis puniri pro uno delicto* (Nadie debe ser castigado dos veces por un delito).

(1995), parafraseando a Pagano, que “la pena cancela y extingue íntegramente el delito, y el condenado que la ha sufrido se transforma en inocente... Por tanto no se puede incomodar al ciudadano por aquel delito cuya pena ya se ha cumplido”. (p. 507).

Esta prohibición de imponer doble sanción a una conducta se predica tanto dentro del mismo proceso como también en procesos distintos de una misma jurisdicción, pues existe la posibilidad de que distintas jurisdicciones investiguen, juzguen y sancionen una misma conducta, lo que no representa tampoco una vulneración al principio del *non bis in idem*. Piénsese, por ejemplo, en una conducta que comete un abogado en ejercicio de su profesión, que típicamente corresponde al delito de estafa y al mismo tiempo es una falta disciplinaria de acuerdo a la Ley 1123 de 2007 —Código Disciplinario del Abogado—. En este caso existe identidad de sujeto y objeto pero no existe identidad de causa, debido a que las autoridades que llegasen a emitir las sanciones pertenecen a jurisdicciones distintas y protegen objetos jurídicos diferentes: en la jurisdicción penal el bien jurídico que se protege es el patrimonio económico de la víctima del delito, mientras que el bien jurídico en la jurisdicción disciplinaria será el bienestar de la sociedad, a través del correcto desarrollo de la profesión del abogado.

Ahora bien, el principio de prohibición de la doble punición ha tenido poco desarrollo por parte de la Corte Constitucional, aunque dicha corporación haya reconocido su exis-

tencia y contenido en las sentencias C-229 de 2008, T-436 de 2008, T-866 de 2013, C-181 de 2016, entre otras. El desarrollo jurisprudencial de este principio en el derecho colombiano ha estado en manos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, aunque tampoco existe un número abundante de sentencias que puedan ser analizadas sobre el tema.

### III. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO QUE ESTABLECE LA REINCIDENCIA EN EL ARTÍCULO 46 DE LA LEY 1453 DE 2011 QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY 599 DE 2000

Si bien en la sentencia C-181 de 2016 se explican los efectos de la circunstancia de agravación punitiva de la reincidencia en la pena de multa establecida en uno de los incisos del artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, lo cierto es que la Corte Constitucional no efectúa el examen de constitucionalidad de la norma que se demanda frente al principio del *non bis in idem*, tal como lo indica en el problema jurídico que se plantea, sino que por sesgar el contenido del principio del *non bis in idem* al del principio de prohibición de la doble incriminación se limita a estudiar la norma demandada frente al segundo de estos principios jurídicos.

Sin lugar a dudas, la figura jurídico penal de la reincidencia no constituye una vulneración al principio de prohibición de la doble incrimi-

nación, sobre lo que se está de acuerdo con la Corte Constitucional (sentencia C-181 de 2016), dado que el contenido de este principio y los efectos de esta circunstancia de agravación punitiva no son incompatibles, como lo explica Peña (2016):

La circunstancia de agravación punitiva de la reincidencia no vulnera el principio de prohibición de la doble incriminación en Colombia, pues el efecto de esta figura jurídico penal al aumentar la pena de un segundo delito cometido consiste en imponer pena por un delito que ya había sido sancionado penalmente por sentencia penal ejecutoriada y no que las personas sean investigadas, perseguidas o juzgadas dos o más veces por el mismo hecho por parte del Estado, siendo esto último lo que connota el principio de prohibición de la doble incriminación. (p. 111).

#### IV. CONCLUSIONES

La reincidencia en materia penal ha sido objeto de debate por la doctrina y la jurisprudencia en Europa y Latinoamérica, desde hace varias décadas, encontrándose tanto argumentos en pro de su existencia y operatividad como a favor de su abolición en el derecho penal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la figura jurídica de la reincidencia propicia que en la relación entre la persona, la sociedad y el Estado, no se encuentre en primer lugar el individuo al hacerse primar las demandas so-

ciales frente a los derechos humanos y fundamentales de este, lo cual es inaceptable en un Estado constitucional como lo es Colombia, en el que no se puede “instrumentalizar al reincidente para satisfacer un sentimiento de justicia o remediar un sentimiento de inseguridad ciudadana. La dignidad de la persona, aun la del reincidente (aunque a algunos les cueste compartirlo), debe estar por encima de ello”. (Puente, 2012, p. 191).

Para terminar, la figura jurídica de la reincidencia en Colombia es inconstitucional, sin importar el tipo de pena en la que se imponga, pues constituye una vulneración al principio de prohibición de la doble prohibición como subprincipio del principio constitucional del *non bis in idem*, constatándose ello en la coincidencia entre lo que prohíbe el principio en mención y los efectos que tiene esta circunstancia de agravación punitiva, habiendo identidad de causa o bien jurídico, objeto o materia y sujeto en la imposición de la reincidencia en materia penal. Por lo tanto, la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2016 debió haber declarado la inconstitucionalidad del inciso que establece la figura jurídico penal de la reincidencia en el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, que modifica el artículo 39 de la Ley 599 de 2000, no dejando incólume una norma jurídica que representa un poder sin límites y vulnerador del derecho humano a la propiedad en Colombia, con base en la imprecisión conceptual en que incurre frente a los principios del *non bis in idem* y de prohibición de la doble incriminación.

## Referencias

1. Acosta, N. (2002). *Tratamiento de la reincidencia y de la habitualidad en la jurisprudencia nacional* (Informe final). Montevideo, Uruguay. Disponible en [http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/reincidencia-y-habitualidad\\_informe-final.pdf](http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/reincidencia-y-habitualidad_informe-final.pdf)
2. Alfonso, A. y Cristancho, M. (2010). *Elementos de la pena en la jurisprudencia penal colombiana* (Tesis de especialización). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. Disponible en <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/626//2/AlfonsoPerezAna-Leonor2010.pdf>
3. Bettiol, G. (1965). *Derecho penal. Parte general*. Bogotá, Colombia: Temis.
4. Cafferata, J. (2005). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
5. Calaza, S. (2004). La cosa juzgada en el proceso civil y penal. *Boletín de la Facultad de Derecho*, (24), 131-145. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2004-24-10040/PDF>
6. Cancino, A. (1986). *Instituciones penales colombianas y su evolución a partir del Código de 1837* (t. II). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
7. Cano, T. (2001). *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, (156), 191-249. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17556>
8. Contreras, L., Sánchez, E. y Porras, M. (2013). *Configuración del derecho penal de acto en Colombia ¿hacia un derecho penal de autor? Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial* (Tesis de Maestría). Universidad Libre de Colombia, Bogotá, Colombia. Disponible en <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/10901/7550/1/ContrerasPradoLudyHelena2013.pdf>
9. Carrara, F. (1973). *Programa de derecho criminal. Parte general* (Vol. II). Bogotá, Colombia: Temis.
10. Carrara, F. (1976). *Opúsculos de derecho criminal* (Vol. II). Bogotá, Colombia: Temis.
11. Cofré, L. (2011). Idas y vueltas de la reincidencia en América Latina: estado de la normatividad en Argentina, Colombia, Perú y Chile. *Debates Penitenciarios*, (16), 3-18. Disponible en [http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates\\_penitenciaros\\_16.pdf](http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciaros_16.pdf)
12. Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Autor.
13. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-060 de 1994 (M. P.: Carlos Gaviria Díaz; febrero 117 de 1994).

14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-284 de 1994 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; junio 16 de 1994).
15. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-184 de 1998 (M. P.: Carlos Gaviria Díaz; mayo 6 de 1998).
16. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-577 de 1998 (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra; octubre 15 de 1998).
17. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-554 de 2001 (M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; mayo 30 de 2001).
18. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-774 de 2001 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil; julio 25 de 2001).
19. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-537 de 2002 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño; julio 15 de 2002).
20. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-870 de 2002 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; octubre 15 de 2002).
21. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-252 de 2003 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño; marzo 25 de 2003).
22. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-062 de 2005 (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra; febrero 1 de 2005).
23. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-077 de 2006 (M. P.: Jaime Araújo Rentería; febrero 8 de 2006).
24. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-229 de 2008 (M. P.: Jaime Araújo Rentería; marzo 5 de 2008).
25. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-436 de 2008 (M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; mayo 8 de 2008).
26. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-866 de 2013 (M. P.: Alberto Rojas Ríos; noviembre 27 de 2013).
27. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-181 de 2016 (M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado; abril 13 de 2016).
28. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 25629 (M. P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón; marzo 26 de 2007).
29. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas No. 3. Proceso 84114 (M. P.: José Leonidas Bustos Martínez; febrero 23 de 2016).
30. Declaración Universal de Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948). París, Francia.
31. Decreto 410 de 1971 [Presidencia de la República]. Por el cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. Diario Oficial No. 33339. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
32. Donna, E. e Ivar, M. (1984). *Reincidencia y culpabilidad. Comentario a la Ley 23.057*

- de reforma al Código Penal. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
33. Durán, M. (2011). Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal. *Política Criminal*, 6(11), 142-162. Disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_06/n\\_11/Vol6N11A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A5.pdf)
  34. Fernández, J. (2000). *Principios y normas rectoras del derecho penal (introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho)*. Bogotá, Colombia: Leyer.
  35. Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta.
  36. Ferri, E. (1933). *Principio de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*. Madrid, España: Reus.
  37. Garcías, G. (1989). Consecuencias del principio *non bis in idem* en derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 42(1), 109-124. Madrid, España: Ministerio de Justicia de España y Boletín Oficial del Estado. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46341>
  38. Jiménez de Asúa, L. (1997). *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
  39. Jiménez, L. (2013). El principio de doble incriminación. Una mirada desde la jurisprudencia colombiana. *Revista Justicia Juris*, 9(1), 11-26. Disponible en [http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas\\_cientificas/juris/volumen-9-no-1/1.pdf](http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-9-no-1/1.pdf)
  40. Latagliata, Á. (1963). *Contribución al estudio de la reincidencia*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
  41. Ley 145 de 1960. Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de contador público. Diciembre 30 de 1960. DO. N° 30.433.
  42. Ley 43 de 1990. Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones. Diciembre 13 de 1990. DO. N° 39.602.
  43. Ley 65 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Agosto 19 de 1993. DO. N° 40.999.
  44. Ley 504 de 1999. Por la cual se derogan y modifican algunas disposiciones del Decreto 2700 de 1991, y de los Decretos-leyes 2790 de 1990, 2271 de 1991, 2376 de 1991, Ley 65 de 1993, Ley 333 de 1996 y Ley 282 de 1996 y se dictan otras disposiciones. Junio 19 de 1999. DO. N° 43.618.
  45. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. DO. N° 44.097.

46. Ley 769 de 2002. Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones. Agosto 6 de 2002. DO. N° 44.893.
47. Ley 1123 de 2007. Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado. Enero 22 de 2007. DO. N° 46.519.
48. Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Junio 24 de 2011. DO. N° 48110.
49. Ley 1696 de 2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas. Diciembre 19 de 2013. DO. N° 49009.
50. Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Enero 20 de 2014. DO. N° 49039.
51. 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. Julio 6 de 2015. DO. N° 49565.
52. Maggiore, G. (1989). *Derecho penal. (Vol. II). El delito. La pena. Medidas de seguridad y sanciones civiles*. Bogotá, Colombia: Temis.
53. Martínez de Zamora, A. (1971). La reincidencia. *Anales de la Universidad de Murcia*, 28 (1-4), 5-216. Disponible en <http://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/104371/99291>
54. Núñez, J. (2009). El principio *non bis in idem*: aproximación desde una perspectiva limitadora del poder punitivo. *Capítulo Criminológico*, 37(4), 205-229. Disponible en <http://produccioncientificaluz.org/index.php/capitulo/article/view/5229>
55. Ossa, M. (2012). Aproximaciones conceptuales a la reincidencia penitenciaria. *Ratio Juris*, 7(14), 113-140. Disponible en [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4021599.pdf](http://unirioja.es/descarga/articulo/4021599.pdf)
56. Paulo, J. (2009). *Reincidência criminal: a agravante da reindência e a ausencia de sua recepção pela constituição de 1988* (Tesis de pregrado). Universidad do Vale do Itajaí, Tijucas, Brasil. Disponible en <http://siaibib01.univali.br/pdf/Joao%20Luiz%20Paulo%20Junior.pdf>
57. Pedroza, J. (2004). *Principio non bis in ídem en los sistemas penal y disciplinario de Colombia*. (Tesis de especialización). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. Disponible en <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/12760/1/ARTICULO%20FINAL%20%281%29%20PDF.pdf>

58. Peña, J. (2016). *La circunstancia de agravación punitiva de la reincidencia en el Código Penal colombiano frente a los principios constitucionales de derecho penal de acto y de prohibición de la doble incriminación, en el marco de la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli*. (Tesis de pregrado). Universidad Santiago de Cali, Cali, Colombia.
59. Pérez, A. (2009). *Introducción al derecho penal*. Bogotá, Colombia: Temis.
60. Puente, L. (2013). Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia. *Revista jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, (26), 183-204. Disponible en <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/660114>
61. Puig, F. (1955). *Derecho penal. Parte general (t. II)*. Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
62. Ramírez, M. (2013). El *non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador. *Revista de Derecho*, (40), 1-29. Disponible en <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/5923>
63. Ramírez, M. y Álvarez, P. (2015). El principio *non bis in idem* en el derecho disciplinario del abogado. *Ius et Praxis*, 21(1), 345-376. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122015000100010](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000100010)
64. Ranieri, S. (1975). *Manual de derecho penal: parte general, el delito, los sujetos, los medios de defensa del derecho* (t. II). Bogotá, Colombia: Temis.
65. Sandoval, A. (2009). El *non bis in idem* como fórmula del principio de legalidad que permite el ingreso del Estatuto de Roma al derecho interno. *Prolegómenos. Derechos y valores*, 12(24), 97-113. Obtenido de umng: <http://www.umng.edu.co/documents/63968/71201/Art+6+rev+24.pdf>
66. Silveira, F. (1998). Fundamentos técnico-jurídicos da reincidência no modereno direito penal. *Revista do Centro Académico Afonso Pena*, (1), 15-53. Obtenido de 2.direito: <http://www2.direito.ufmg.br/revista-docaap/index.php/revista/article/viewFile/199/198>
67. Zaffaroni, E. (1992). Reincidencia. En E. R. Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, (pp. 117-131). Caracas, Venezuela: Monte Ávila Editores. Disponible en <http://www.itecrs.org/artigos/dpenal/z1.pdf>
68. Zaffaroni, E. (1988). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (t. v). Buenos Aires, Argentina: Ediar.