

Sentencia C-121/12

TIPO PENAL DE USO DE MENORES DE EDAD EN LA COMISION DE DELITOS-Delito autónomo y no da lugar a una vulneración de la prohibición de doble incriminación/POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO-Limitada por los deberes de observar la estricta legalidad, respeto de los derechos constitucionales y de los principios de proporcionalidad y razonabilidad del tipo penal y su sanción

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

LIMITES AL PODER DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Criterios

La Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. “1. Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca. “2. Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad. “3. Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos

constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (...). “6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva”.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD ESTRICTA COMO LIMITE A LA LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Manifestaciones

Uno de los límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal lo constituye el principio de estricta legalidad. En distintas ocasiones se ha declarado la inexecutableidad de enunciados normativos en materia penal por transgredir este principio. Así, en la sentencia C-559 de 1999 se declaró la inconstitucionalidad de dos tipos penales en razón de “la ambigüedad de la descripción penal.” La misma decisión se tomó en la sentencia C-843 de 1999, que halló contraria a la Constitución una norma sancionatoria pues ella no predeterminaba claramente las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas. También en la sentencia C-739 de 2000, en que la Corte declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 6 de la Ley 422 de 1998, que tipificaba el delito de acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, en razón de que contenía algunas normas demasiado amplias y equívocas. En la sentencia C-205 de 2003 la Corte declaró la inconstitucionalidad de una disposición que preveía la sanción penal de quien comerciara con autopartes usadas de vehículos automotores y no demostrara su procedencia bajo el delito de receptación. A juicio de esta Corporación resultaba vulnerado el principio de legalidad, puesto que la tipificación no era suficientemente específica, de manera que podían resultar sancionados “quienes, por ejemplo, no conservan las facturas correspondientes pero comercian con bienes que pueden tener un origen lícito, ya que sólo quedará exento de responsabilidad quien logre demostrar la adquisición lícita de los mismos”. La Corte encontró que “la norma penal resulta siendo ambigua para el ciudadano por cuanto no establece una clara frontera entre cuándo resulta ser lícito o no comerciar con esta clase de mercancías, violándose así el principio de nullum crimen, nulla poena sine lege certa”. En esa providencia, luego de una extensa reflexión sobre el principio de legalidad en

materia penal, particularmente sobre la importancia del principio de reserva material de ley para la creación de tipos penales, en tanto que manifestación del principio democrático y garantía del pluralismo político, la Corte enunció las manifestaciones más relevantes del principio de legalidad: 1. La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 2. La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); 3. La prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 4. La prohibición delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); 5. El principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*); 6. El principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*). 7. El derecho penal de acto y no de autor.

PROHIBICION DE DELITOS Y PENAS INDETERMINADOS-Modalidades/TIPO PENAL EN BLANCO-Definición/TIPO PENAL ABIERTO-Definición

Esta prohibición que forma parte del principio de estricta legalidad que debe regir la configuración de los delitos y de las penas, hace referencia a dos modalidades de tipos penales especialmente controvertidas: los tipos penales en blanco y los tipos penales abiertos. Esta Corporación ha definido un tipo penal en blanco como aquel en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal. Los tipos penales en blanco responden a una clasificación reconocida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia constitucional colombiana ante la incapacidad práctica de abordar temas especializados y en permanente evolución, siempre que la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente. Distintas cuestiones surgen respecto de los tipos penales en blanco y el principio de legalidad en materia penal. La primera de ellas es si la normatividad a la cual se acude por remisión, debe ser preexistente o precedente al tipo penal en blanco. Al respecto, esta Corporación ha expresado que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado. También se ha indagado si se ajusta al principio de legalidad cuando la remisión opera respecto de disposiciones que no tengan la entidad de ley en sentido formal. Frente a este interrogante la Corte ha distinguido entre la remisión que ocurre frente a disposiciones de igual jerarquía y aquella que ocurre frente a normas de inferior jerarquía, denominada remisión propia e impropia, según el caso, para concluir que es posible el

reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que una vez integrado el tipo penal este adquiere unidad normativa pues " ... la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo. La norma complementaria se adosa al tipo penal básico para integrar el "tipo penal", momento a partir del cual éste tiene vigencia y poder vinculante completo. Ambas forman una unidad normativa que tiene plena vigencia". En todo caso, la remisión o reenvío del tipo penal en blanco a normas de rango administrativo tiene sus propias reglas. Según se señaló en la sentencia C-605 de 2006, la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales: En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales. Una segunda cuestión son los doctrinalmente denominados tipos penales abiertos. La Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto y ha sostenido: "La dogmática tradicional ha considerado que el tipo penal debe contener en sí mismo todos los elementos que lo determinan y que lo hacen diferente a otros tipos penales que pueden llegar a ser parecidos. Así lo fundamentan en los artículos 28 y 6º de la Constitución, reiterados por el artículo 3º del Código Penal que establece: "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca". "Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta donde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio, se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria. "No obstante este principio general, el propio Código Penal ha consagrado tipos penales abiertos en los que no existe total precisión de las circunstancias en que la conducta debe realizarse. De esta categoría son entre otros, la falsificación de moneda (Cod. Penal art. 207) y el incesto (Cod. Penal art. 259). En el primer caso -falsificación de moneda-, el significado de moneda se debe entender como un medio de pago cuya emisión y circulación están regulados en la ley y sobre los cuales el Estado ejerce la suprema dirección. En el incesto, la amplitud de la conducta descrita -"otro acto erótico sexual"-, es necesaria, pues las consecuencias antijurídicas se producen tanto con la sexualidad normal como con la anormal y tanto en el

acceso carnal propiamente dicho como en los actos que pueden conducir a ello. “Estos dos tipos penales que se han tomado como ejemplo, desde el Código Penal de 1.837 responden a una clasificación como “tipos abiertos”, por lo que se demuestra que en determinadas circunstancias el legislador no plasma en el tipo penal la descripción perfecta de la conducta, por ser imposible y sin embargo históricamente se ha considerado que con ello no se vulnera el principio de tipicidad”. Desde la sentencia C-559 de 1999, la Corte Constitucional admitió la legitimidad de este mecanismo alternativo de integración del tipo, al reconocer que no toda la realidad sujeta a regulación penal es susceptible de ser descrita en moldes legales, cerrados y completos. Este criterio fue recientemente reiterado y precisado en la sentencia C-422 de 2011: “Se tiene entonces que el tipo penal abierto supone cierto grado de indeterminación de los elementos normativos que lo configuran, empero esto no acarrea indefectiblemente su inconstitucionalidad. Además como ha señalado con acierto la doctrina todo tipo penal puede ser calificado como abierto porque deja cierto margen a la interpretación, por lo que se trata más bien de una cuestión de grados, hay tipos más cerrados y tipos más abiertos. La apertura del tipo puede dar lugar a distintos problemas constitucionales, salta a la vista que un tipo absolutamente abierto vulnera el principio de tipicidad. Pero también desconoce el principio de legalidad porque no sería la ley la que crea el delito, sino la voluntad posterior del juez, expresada al momento de la sentencia, este es precisamente el principal reproche que hacen los demandantes a las disposiciones demandadas. Por lo tanto, lo que habría que indagar en cada caso es si existen referencias que permitan precisar el contenido normativo de los preceptos penales y respecto de los delitos de injuria y calumnia es fácil constatar que la respuesta es positiva, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia han cumplido este propósito”.

AMPLIO MARGEN DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ORDEN A DETERMINAR QUE BIENES JURIDICOS SON SUSCEPTIBLES DE PROTECCION PENAL, LAS CONDUCTAS QUE DEBEN SER OBJETO DE SANCION, Y LAS MODALIDADES Y LA CUANTIA DE LA PENA-Límites

La jurisprudencia ha reconocido un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar que bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena. No obstante, debe tratarse de una prerrogativa sujeta a límites. Estos límites están dados fundamentalmente por el respeto a los derechos constitucionales de los asociados, el deber de respetar el

principio de legalidad estricta, y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, aplicables tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. Dentro de las garantías que involucra el principio de legalidad estricta se encuentra la prohibición de delitos y penas indeterminadas. En relación con este aspecto se han estudiado los tipos penales en blanco, respecto de los cuales la jurisprudencia ha admitido su constitucionalidad siempre y cuando la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente. Dentro de los límites constitucionales que se imponen al legislador para el ejercicio de la potestad de configuración de los delitos y de las penas, se encuentra también el debido proceso (Art. 29), y como una garantía a él adscrita la prohibición de doble incriminación, a la que se hará referencia a continuación.

PROHIBICION DE DOBLE INCRIMINACION COMO LIMITE A LA POTESTAD DE CONFIGURACION EN MATERIA PENAL-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Alcance/PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Triple identidad

PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA-Garantías/PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA-Jurisprudencia internacional

El principio de presunción de inocencia está consagrado en el constitucionalismo colombiano como un derecho fundamental con arraigo expreso en la Constitución y el derecho internacional, del que se derivan importantes garantías para la persona sometida a proceso penal, como son: (i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la responsabilidad mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, (ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; (iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio. La formulación del artículo 248 de la Constitución, según la cual únicamente constituyen antecedentes penales las condenas impuestas en sentencias judiciales, en forma definitiva, configura un desarrollo de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

TIPO PENAL DE USO DE MENORES DE EDAD EN LA COMISION DE DELITOS-No vulnera el principio del non bis in idem/USO DE MENORES DE EDAD EN LA COMISION DE DELITOS-Tipo penal autónomo

La tipificación autónoma del delito de “uso de menores de edad para la comisión de delitos”,

prevista en el artículo 7° de la Ley 1453 de 2011, no vulnera el principio del non bis in idem, como consecuencia de la existencia de normas generales que prevén dispositivos como la autoría mediata y la participación delictiva. No se presenta una identidad de objeto, causa y persona entre el delito previsto en el artículo 7° de la Ley 1453, y el hecho punible que se impute mediante las figuras de la autoría mediata, o cualquiera de las modalidades de participación de menores de edad en la conducta delictiva. Una y otra entidad delictiva presenta diversidad en la conducta y en el bien jurídico tutelado (causa). La penalización autónoma del uso de menores de edad con fines delictivos, representa una decisión de política criminal que desarrolla importantes fines constitucionales como es la protección a los niños y adolescentes de toda forma de violencia física o moral (Art. 44 C.P.). La creación de este tipo penal puede dar lugar al fenómeno del concurso de delitos (ideal o material), respecto de los cuales el legislador ha establecido mecanismo de racionalización de la respuesta punitiva (Art. 31 Cod. P). De cualquier modo, frente a concurso aparente de normas o tipos penales, el operador jurídico, en el ámbito de su autonomía, cuenta con herramientas interpretativas como los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad, cuyo cometido es enfrentar, en el plano judicial, eventuales riesgos de vulneración del non bis in idem.

DOSIMETRIA DE PENAS Y SANCIONES-Asunto librado a la definición legal y cuya relevancia constitucional es manifiesta únicamente cuando el legislador incurre en un exceso punitivo del tipo proscrito por la Constitución

USO DE MENORES DE EDAD EN LA COMISION DE DELITOS-Consentimiento del menor no es considerado causal de exoneración de responsabilidad penal

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN POLITICA CRIMINAL DEL LEGISLADOR-No cuestionamiento de modelo sino legitimidad de reglas de derecho por contrariar la Constitución

CONCURSO DE HECHOS PUNIBLES-Contenido

PORTE O INGRESO DE ARMAS BLANCAS U OBJETOS PELIGROSOS AL INTERIOR DE UN ESCENARIO DEPORTIVO O CULTURAL-Contenido y alcance de la prohibición

SUSTANCIA U OBJETO PELIGROSO-Contenido y alcance de la expresión

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS-Pautas para determinar cuándo una sustancia es peligrosa

BIENES JURIDICOS QUE MERECEAN TUTELA PENAL Y CONFIGURACION DE LA PENA ABSTRACTA A IMPONER-Asunto librado a la definición legal y cuya relevancia constitucional es manifiesta únicamente cuando el legislador incurre en un exceso punitivo del tipo proscrito por la Constitución

PENALIZACION DE LA FABRICACION, COMERCIO Y PORTE DE ARMAS SIN PERMISO DE AUTORIDAD COMPETENTE-Corresponde a una política de Estado adecuada para proteger la vida de los ciudadanos, la cual encuentra perfecto sustento constitucional

IMPUTADO O ACUSADO QUE SE ENCUENTRE COBIJADO POR UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO O POR UNA FORMULACION DE ACUSACION-Está amparado por el principio de presunción de inocencia/ACUSACION-Constituye el marco para el debate público que se llevará a cabo en el juicio/MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Carácter preventivo, y no siempre comporta la privación efectiva de la libertad/MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Finalidad

La acusación es un acto del proceso que se fundamenta en la existencia de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, de la cual se pueda inferir, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe (art. 336 C.P.P.). Constituye el marco para el debate público que se llevará a cabo en el juicio. La medida de aseguramiento, por su parte, tiene carácter preventivo, y no siempre comporta la privación efectiva de la libertad (art. 307 C.P.P.). Su propósito es garantizar el cumplimiento de los fines de la investigación. Desde el punto de vista del grado de certeza requerido para esta decisión, su decreto requiere que de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta que se investiga. (Art. 306 C.P.P.). Es evidente que el imputado o acusado que se encuentre cobijado por una medida de aseguramiento o por una formulación de acusación, está amparado por el principio de presunción de inocencia, por lo que resulta contrario al artículo 29 superior equiparar, como lo hace el inciso 3º del artículo 310 del C.P.P., estas situaciones procesales en las que aún no se ha desvirtuado la presunción de inocencia, con otros institutos como los mecanismos sustitutivos de la pena

privativa de la libertad, que presuponen la existencia de una condena. De forma consistente, y como una afirmación de la libertad y de la presunción de inocencia que ampara a la persona sometida a proceso penal, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado la importancia de que la decisión acerca de la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva tome en cuenta la necesidad e idoneidad que esta ofrezca para asegurar los fines constitucionales del proceso, y que esté mediada por criterios de razonabilidad. Esta valoración debe efectuarse en concreto, en relación con las características específicas del proceso en el cual se examina la posibilidad de adoptar una medida de aseguramiento, y no tomando en cuenta circunstancias que ya fueron objeto de valoración a la luz de los fines específicos de otro proceso. Al declarar la exequibilidad de la medida de detención preventiva frente al principio de presunción de inocencia, la Corte puso el acento en que “El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio.” El hecho de hacer producir efectos negativos a una medida de aseguramiento en otro proceso penal, diferente a aquel en el que fue proferida, desvirtúa su naturaleza preventiva y su propósito de salvaguardar los fines del proceso que le dio origen, adquiriendo connotaciones de sanción. Esta percepción se ratifica con la equiparación que hace la norma acusada, imprimiéndole los mismos efectos a situaciones completamente disímiles como el “estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad” (num. 3º), o “la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional” (num. 4º).. Además de violatorio del principio de presunción de inocencia (art. 29) y de la prohibición constitucional de considerar como antecedentes penal un acto distinto a la sentencia condenatoria en firme (Art. 248), el segmento acusado quebranta el principio de proporcionalidad, toda vez que le da el mismo peso para efectos de una negativa de libertad a los siguientes hechos: “estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional”; “la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional”; o “estar acusado o encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento”. En este último caso, no hace distinción acerca de si esa medida es privativa de la libertad o no, y tampoco la limita, como en los otros eventos en que hay condena, a los delitos dolosos o preterintencionales. En estas condiciones, el legislador, sin justificación alguna, coloca en una misma situación a quien soporta una medida de aseguramiento o es acusado por cualquier delito, incluso culposo, y a aquel que ya fue condenado por un delito doloso o preterintencional, lo cual resulta en efecto desproporcionado. El hecho de que la

valoración de la existencia de una medida de aseguramiento o una acusación, como criterio para inferir la peligrosidad, sea adicional a las pautas establecidas como principales -la gravedad y modalidad de la conducta y los fines constitucionales de la detención preventiva -, no corrige la inconstitucionalidad que se advierte. Sea como criterio principal o con criterio subsidiario, la norma permite que el juez encargado de aplicarla, tome en cuenta una circunstancia que afecta el principio de presunción de inocencia, comoquiera que asimila y le imprime los mismos efectos, indicativos de peligrosidad, a una condena, que a una medida preventiva y provisional como la de aseguramiento, y precaria como es la acusación.

Referencia.: expediente D-8634

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 7 y 10, 19, 65 (parciales) de la Ley 1453 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones”.

Actor: Julián Arturo Polo Echeverri

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil doce (2012).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Julián Arturo Polo Echeverry presentó demanda de inconstitucionalidad contra los artículos los artículos 7 y 10, 19, 65 (parciales) de la Ley 1453 de 2011.

Mediante providencia del dos (2) de agosto de dos mil once (2011), el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva dispuso admitir la demanda, por considerar que reunía los requisitos exigidos por el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991. Invitó a participar en el presente juicio a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, de los Andes, de la Sabana, Libre, Eafit de Medellín, de Antioquia, , Icesi de Cali, de Ibagué, y del Rosario, al igual que a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia-, y a la Comisión Colombiana de Juristas, con el objeto de que emitieran concepto técnico sobre la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 48.110 del 24 de junio de 2011, subrayando el aparte demandado:

“LEY 1453 DE 2011

(JUNIO 24)

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

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Medidas penales para garantizar la seguridad ciudadana

ARTÍCULO 7o. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo nuevo 188D, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 188D. Uso de menores de edad en la comisión de delitos. El que induzca, facilite,

utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a diez y veinte (20) años.

El consentimiento dado por el menor de 18 años no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad si se trata de menor de 14 años de edad.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad en los mismos eventos agravación del artículo 188C.

ARTÍCULO 10. El artículo 359 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 359. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. El que emplee, envíe, remita o lance contra persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierto al público, sustancia u objeto de los mencionados en el artículo precedente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses, siempre que la conducta no constituya otro delito.

Si la conducta se comete al interior de un escenario deportivo o cultural, además se incurrirá en multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en prohibición de acudir al escenario cultural o deportivo por un periodo entre seis (6) meses, y tres (3) años.

La pena será de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa de ciento treinta y cuatro (134) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la conducta se realice con fines terroristas o en contra de miembros de la fuerza pública.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el objeto lanzado corresponda a artefactos explosivos, elementos incendiarios, o sustancias químicas que pongan en riesgo la vida, la integridad personal o los bienes.

El que porte o ingrese armas blancas u objetos peligrosos al interior de un escenario

deportivo o cultural incurrirá en multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y prohibición de acudir al escenario deportivo o cultural de seis (6) meses a tres (3) años.

ARTÍCULO 19. Fabricación, tráfico, y porte de armas de fuego o municiones. El artículo 365 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 365. Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años.

En la misma pena incurrirá cuando se trate de armas de fuego de fabricación hechiza o artesanal, salvo las escopetas de fisto en zonas rurales.

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias:

1. Utilizando medios motorizados.
2. Cuando el arma provenga de un delito.
3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades.
4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.
5. Obrar en coparticipación criminal.
6. Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumenten su letalidad.
7. Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado.

ARTÍCULO 65. El artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo 24. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.”

III. LA DEMANDA

1. El ciudadano Julián Arturo Polo Echeverry solicita la inexecutable del artículo 7º de la Ley 1453 de 2011 con fundamento en que las conductas descritas en los verbos rectores que contiene la norma impugnada, consistentes en inducir, facilitar, utilizar, constreñir o instrumentalizar a un menor de 18 años para cometer delitos, o promover dicha utilización, se encuentran sancionados a través de la figura de la autoría mediata y de la participación delictiva - determinante - por lo que se vulnera la prohibición de doble incriminación o non bis ídem establecida en el artículo 29 de la Carta Política.

Con base en los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000, que regulan los conceptos de “autores” y “participes” de la conducta punible, entendidos en el marco de la dogmática penal de la autoría mediata, concluye que el autor no solo es quien ejecuta directamente el

hecho punible, sino también quien comete el ilícito utilizando a otro (autor mediato). De similar forma, al determinador se le castiga ubicándolo en la figura de la participación delictiva.

En este sentido, para el actor se plantea “un juicio de constitucionalidad entre la garantía fundamental del Debido Proceso -non bis in ídem- y la ley demandada al crear un tipo penal que recoge una conducta que dentro del sistema penal cuenta con reproche punitivo a través de las figuras de la intervención delictiva, con lo cual se estaría penalizando la misma conducta dos veces (...) que traduce que [un individuo] sería penado o sancionado con penas distintas por haber ejecutado un mismo comportamiento”. A juicio del libelista esta creación normativa no puede enmarcarse dentro de la libertad de configuración del legislador, dado que esta no es omnipotente y debe ejercerse sin afectar otras garantías fundamentales. En este punto cita in-extenso la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹.

Aduce así mismo, que uno de los verbos rectores del artículo 7° demandado (constreñir) hace parte del delito de constreñimiento ilegal descrito en el artículo 184 del Código Penal, y a su vez, los elementos objetivos del tipo penal acusado se encuentran contenidos en el artículo 185 del estatuto penal sustantivo que establece las circunstancias de agravación punitiva del punible de constreñimiento. De allí que exista la posibilidad de que una persona sea sancionada con penas distintas por haber realizado una misma acción.

2. En cuanto al artículo 10 de la ley 1453, señala el accionante que el aparte demandado vulnera el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que la indeterminación de la expresión “u objetos peligrosos” quebranta el principio de estricta legalidad, el cual es parte integrante del derecho al debido proceso. En consecuencia, asevera, se traslada al operador judicial y a la policía determinar la calidad de peligroso de un objeto en un “juicio post y no previamente definido como lo exige la norma constitucional al considerar que nadie puede ser juzgado sino conforme a la ley preexistente al acto que se le imputa”. Al mismo tiempo manifiesta que la vaguedad señalada, conculca el principio de tipicidad que proscribe la inclusión de elementos indeterminados en la estructura típica de las normas penales. Para sustentar sus puntos de vista, cita apartes de las sentencias C-099 de 1993 y C-133 de 1999 de esta Corporación.

3. Respecto del artículo 19 de la ley parcialmente acusada, considera el ciudadano que

incrementar la pena de prisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones a un monto que va entre 9 y 12 años de prisión, la cual puede ascender a 24 años, según circunstancias especiales, es contrario a todo orden justo contenido en el artículo 2 de la Carta Política, dado que no es razonable ni proporcional que se le conceda a un tipo penal que protege un bien jurídico abstracto, una mayor relevancia punitiva que a otros delitos que salvaguardan la vida, la integridad de las personas y la libertad sexual. A esta conclusión arriba el accionante, después de comparar las penas establecidas para los delitos que protegen los bienes jurídicos de la vida, la integridad personal y la libertad, con la sanción consignada en la norma acusada.

Adicionalmente, reitera el actor, que el incremento de las penas previsto en el artículo 19 de la ley 1453, afecta al orden justo comoquiera que “cuando en Colombia se instituyó la pena alternativa a grupos al margen de la ley desmovilizados, las cuales incluye (sic) delitos contra la vida e integridad personal al igual que contra la libertad sexual e individual, sin importar su número y que dicha pena oscile entre cinco (5) y ocho (8) años, cómo entender que la sanción demandada no sea contraria a los fines esenciales del Estado”.

En este orden de ideas, subraya que se subvierte el orden constitucional establecido en el artículo 5° de la Carta Política, que reconoce la primacía de los derechos de las personas, debido a que la ley penal le concede preponderancia al bien jurídico de seguridad sobre la vida y la integridad de las personas.

4. Con relación al artículo 65 de la ley 1453, afirma el actor que vulnera el artículo 29 de la Constitución, ya que catalogar como peligrosa a una persona que se encuentre acusada o sujeta a medida de aseguramiento, implica considerarla culpable de los cargos que se le imputan, con lo cual se quebranta el principio de presunción de inocencia, mandato de optimización que hace parte del derecho al debido proceso. Sobre el particular agregó que, “presumir que una persona es peligrosa por el hecho de estar acusada o sometida a una medida de aseguramiento, invierte la garantía de presunción de inocencia, pues según el precepto hasta que no demuestre su inocencia es considerado peligroso para la sociedad sufriendo una discriminación no permitida por la Carta Política”.

IV. INTERVENCIONES

1. De entidades públicas

1.1. Del Ministerio del Interior y de Justicia

Interviene a través de apoderada para solicitar, en algunos casos la inhibición y en otros la exequibilidad, de las disposiciones demandadas.

1.1.1. Con relación al artículo 7º de la ley 1453 de 2011 sostiene que el actor no cumplió con los requisitos de la demanda desarrollados por la jurisprudencia de la Corte², que consisten en que las razones de la inconstitucionalidad deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

En efecto, los fundamentos de inconstitucionalidad esbozados por el censor no son específicos, suficientes y pertinentes porque “sus argumentos resultan vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales en la medida en que no especifica de qué manera concreta se presenta la vulneración del principio non bis in ídem”.

Adicionalmente, considera que el cargo no cumple con el presupuesto de pertinencia, toda vez que las razones de la inconstitucionalidad explicadas por el ciudadano tienen sustento en premisas subjetivas sobre el alcance de la norma impugnada, fundadas ellas en el concepto que tiene el demandante sobre autoría del delito, lo cual le permite concluir que la norma es innecesaria. De donde se sigue que las razones son insuficientes, dado que no exponen elementos que generen duda sobre la constitucionalidad de la norma objetada y que faculten a la Corte para iniciar un estudio de constitucionalidad del artículo en comento.

1.1.2. En lo que concierne al artículo 10, sostiene el representante del ministerio que la norma es un desarrollo legítimo de la potestad de configuración del legislador en materia penal, órgano que tiene la competencia general de establecer medidas de distinta índole para proteger los derechos fundamentales y los bienes jurídicos relevantes de los asociados, siempre que para ello observe el principio de legalidad. Incluso, la disposición acusada no vulnera el mandato de optimización de la legalidad, debido a que como lo explicó esta Corporación en la sentencia C-442 de 2011 la indeterminación de los tipos penales es concretada por la jurisprudencia de las altas Cortes³ en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales.

De allí que, el representante cite in-extenso la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia⁴ y los antecedentes legislativos del Código Penal, con el propósito

de demostrar que no queda al arbitrio del juez “determinar si, en un caso dado, un objeto o sustancia lanzada a un escenario deportivo o cultural, resulta o no peligrosa, pues para ello debe atenderse a los criterios expuesto por la misma norma general de la cual hace parte el inciso al cual pertenece la expresión acusada, con el alcance dado por el órgano de cierre en la materia penal, como es la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme a lo cual, será peligroso todo objeto que así esté considerado por las reglas que al respecto haya dictado la organización de las naciones unidas, en tanto produzcan efectos negativos al medio ambiente y/o al ser humano”. En consecuencia, concluye que el cargo queda desvirtuado.

1.1.3. En cuanto a la acusación en contra del artículo 19, destaca la interviniente que la Corte Constitucional en sentencia C-551 de 2001 señaló que en el marco de la política criminal es al legislador a quien le corresponde asignar una pena para cada delito, conforme a la valoración que realice de las diferentes conductas. Por eso, “solamente en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, correspondería al Juez Constitucional declarar la inexecutable de la norma”. Específicamente, en materia de penas recordó los planteamientos expuestos por esta Corporación en la providencia C-013 de 1997, en la que se indicó que al legislador no le está prohibido establecer distinciones que atenúen o agraven las sanciones, según los propios elementos subjetivos u objetivos de los tipos penales y las directrices de política criminal. Por lo tanto, una pena únicamente será contraria a la Carta Política cuando se muestre como evidentemente desproporcionada o manifiestamente irrazonable.

Así, para la representante del Ministerio en el caso bajo estudio, el accionante no demostró cómo el incremento punitivo, de 9 a 12 años, prescrito en el artículo referenciado, resulta abiertamente desproporcionado con relación a los elementos subjetivos u objetivos del tipo penal y a las directrices de política criminal. Solo se concentró en comparar el delito con otras conductas punibles que no tienen conexidad alguna con la estructura típica de la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o de municiones.

Por consiguiente, sintetiza su intervención señalando que la demanda carece de los requisitos de especificidad y pertinencia exigidos en el artículo 2 del decreto 2067, con el alcance dado por la Corte Constitucional, en razón a que los argumentos propuestos por el actor para fundamentar la inconstitucionalidad de las expresiones acusadas parte de

premisas generales y abstractas, limitándose a exponer apreciaciones meramente subjetivas sobre el carácter injusto de las penas señaladas para las conductas tipificadas en el artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011, sin entrar a especificar las razones que fundamentarían la desproporcionalidad e irrazonabilidad de dichas penas.

1.1.4. En lo que concierne al artículo 65 de la ley 1453, conceptúa el Ministerio del Interior y de Justicia que el cargo presentado por el ciudadano demandante se estructura a partir de una apreciación subjetiva de la norma impugnada. De esta manera, los elementos principales para considerar peligrosa a una persona son la gravedad, la modalidad de la conducta punible, y los fines constitucionales de la detención preventiva. Así las cosas, el hecho de que un individuo sea acusado o pese sobre él una medida de aseguramiento, son elementos complementarios del juicio que debe realizar el juez para determinar si resulta procedente imponerle una detención preventiva, sustentada en su peligrosidad para la seguridad de la comunidad. Al mismo tiempo, la apoderada del ente gubernamental resaltó que esta disposición debe ser tomada en cuenta por el funcionario jurisdiccional al momento decidir conforme a las circunstancias de cada caso concreto.

En suma, considera que las razones de la demanda no cumplen con lo exigido en el artículo 2 del decreto 2067 de 1991, en el marco establecido por esta Corporación en la sentencia C-1052 de 2001, “porque se fundamenta en un alcance que no tiene la norma acusada, sino de uno que él le da a partir de una lectura parcial y descontextualizada de la misma frente a la integridad del artículo del cual ella hace parte, lo que impide a la Corte realizar un análisis de fondo del precepto demandado”.

1.1.5. Con fundamento en las razones precedentes, el Ministerio del Interior y de Justicia solicita que se emita una sentencia inhibitoria con relación al artículo 7 de la ley 1453 de 2011 y respecto de los apartes acusados de los artículos 19 y 65 de la misma norma, por presentarse ineptitud sustantiva de la demanda. En lo que atañe a la impugnación parcial del artículo 10 del estatuto referenciado, sugiere que se emita una decisión de exequibilidad, por los cargos contruidos por el actor.

1.2. De la Fiscalía General de la Nación

La Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, solicita a la Corte proferir

sentencia inhibitoria frente a los cargos formulados contra los artículos 7, 10, 65, y en subsidio declarar la exequibilidad del precepto 7 de Ley 1453 de 2011. Al mismo tiempo, de forma principal pide declarar la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 1453 de 2011. Fundamenta su solicitud en las siguientes consideraciones:

1.2.1. En cuanto al artículo 7 afirma que la demanda adolece de indebida estructuración del cargo planteado, dado que lo que el actor censura es que el contenido normativo acusado ya se encuentra comprendido en figura de la participación delictiva consagrada en los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000. Este planteamiento en realidad implica la elaboración de un análisis comparativo entre dos normas legales, desconociéndose así que el objeto del control abstracto consagrado en el artículo 241 de la Carta Política es un juicio eminentemente de constitucionalidad, tal como lo establecen las sentencias C- 538 de 1999 y C-008 de 2002. En consecuencia, a su juicio el fallo debe ser de inhibición respecto de este aparte de la censura.

Como petición subsidiaria, señala la interviniente que la norma debe ser declarada exequible en razón a que esta es el resultado del ejercicio de la cláusula general de competencia del legislador para desarrollar la política criminal del Estado. Así, lo que buscó el Congreso “con el tipo penal en examen, es proteger a la niñez castigando a quien se vale de un menor para cometer un ilícito, determinación legislativa plenamente consonante con nuestro artículo 44 superior”. Incluso, agrega, el precepto atacado no vulnera el principio del non bis in ídem, debido a que los artículos 29 y 30 del Código Penal se refieren a la figura del concurso de personas en la comisión de una conducta punible, mientras que la disposición en estudio no tiene dicha connotación.

1.2.2. Referente al artículo 10 de la Ley 1453 considera que la demanda no se presentó conforme a los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en la providencia C-1052 de 2001 que exige que los cargos de inconstitucionalidad deben ser claros, ciertos, específicos y pertinentes. Por consiguiente, la petición del ciudadano carece de certeza toda vez que parte de un entendimiento errado de la norma impugnada. El actor señala que la expresión “u objetos peligrosos” vulnera el principio de estricta legalidad, cuando a contrario sensu el mismo precepto reenvía al tipo penal precedente denominado “tenencia, fabricación y tráfico de sustancias peligrosas”⁵, en el que claramente se califica como tal a los desechos o residuos peligrosos o radiactivos, clasificados en esa categoría por los tratados de derecho

internacional ratificados por Colombia, o en las disposiciones vigentes.

1.2.3. De otra parte, manifiesta que el artículo 19 de la ley parcialmente acusada, corresponde al desarrollo de la cláusula general de competencia que tiene el Congreso de la Republica, al regular los procedimientos penales y las sanciones respectivas al ius puniendi estatal⁶. De igual forma, la dosimetría penal no escapa a la libertad configurativa del legislador, pues así lo ha consagrado la Corte Constitucional cuando ha dicho que “la dosimetría de penas y sanciones es un asunto librado a la definición legal y cuya relevancia constitucional es manifiesta únicamente cuando el legislador incurre en un exceso punitivo del tipo punitivo proscrito por la Constitución”⁷. Por eso, el juicio de constitucionalidad propuesto por el demandante “carece de sindéresis, pues no resulta dable comparar las penas previstas entre diferentes tipos penales, so pretexto del quebrantamiento al principio de proporcionalidad”. Inclusive, la Corte ha hecho énfasis en la imposibilidad de vulneración del principio de igualdad a partir de la comparación de tipos penales que protegen bienes jurídicos diferentes y que contienen elementos jurídicos igualmente diferentes.

Con base en las anteriores consideraciones, solicita la declaratoria de exequibilidad del artículo demandado.

1.2.4. Finalmente, la Fiscalía General de la Nación termina su intervención solicitando a esta Corporación que se inhiba frente a los cargos formulados contra el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011. Fundamenta esta solicitud en que carecen de certeza, en la medida que no es una proposición jurídica real y existente concluir que, el hecho de que una persona sea acusada o se encuentre sujeta a una medida de aseguramiento implique per se peligro para la sociedad, cuando la disposición enseña que estos son simplemente otros factores que el juez puede tener en cuenta para decidir sobre la libertad del procesado. “Así las cosas se presenta una disconformidad entre la disposición normativa y la hermenéutica que de la misma extrae el demandante, lo que conlleva al incumplimiento del requisito de la certeza para emitir pronunciamiento de fondo”.

1.3. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Yobanna Moreno Moreno, actuando como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, solicita a la Corte declarar exequible el artículo 7 de la Ley 1453 de 2011, así como las expresiones acusadas de los artículos 10 y 19 de la misma

ley. Al mismo tiempo, pide declarar la inexecutable del numeral 3º del artículo 65 de la ley parcialmente acusada. Respaldada su solicitud en las siguientes argumentaciones:

1.3.1. Sostiene la representante del establecimiento público que, no es cierto como lo afirma el censor que en el artículo 7 de la Ley 1453 se utilicen los mismos verbos rectores de los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000.

Con relación al cargo de vulneración del principio non bis ídem sostiene que no debe prosperar, toda vez que este no puede entenderse sin la noción de la cosa juzgada. Entonces, el mandato de optimización del non bis ídem aplica tanto en las conductas que están siendo juzgadas por el juez como las constitutivas del nuevo delito autónomo contenido en el artículo 188D de la Ley 599 de 2000. Así, en el primero de los casos, deberá el funcionario jurisdiccional subsumir la conducta del indiciado en el tipo penal específico que concuerda con los verbos rectores señalados por este. En el segundo de los eventos, se presenta una figura denominada cosa juzgada. Por lo que en ninguna de las mencionadas situaciones se vulnera el principio de la doble incriminación.

También manifiesta que los sujetos pasivos consignados en las normas comparadas no son los mismos, puesto que el artículo 7 de la Ley 1453 se refiere tanto a los menores de 18 años como a otras víctimas de la conducta punible referida, mientras que en el artículo 29 y 30 del Código Penal literalmente no se designan los mismos sujetos pasivos. Tampoco puede sostenerse que el artículo 31 de la ley 599 de 2000 agrave la situación del sindicado, comoquiera que al juez le corresponde verificar en los casos concretos, la especificidad de las conductas. De ahí que, "la especificidad no es otra que la calidad de menor de 18 años utilizado para la comisión de un delito y menos aún cuando en nuestra legislación el concurso de conductas punibles se hace residir en que con una sola acción o comisión o con varias acciones u omisiones se infrinjan varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición; quedará sometido a la que establezca la pena más grave de acuerdo a su naturaleza aumentada hasta otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles, debidamente dosificada cada una de ellas, de donde se deduce que en la hipótesis de la norma objetada en la demanda por contener la pena más grave, será aplicable en el llamado concurso ideal, sin que pueda

entenderse que en esa circunstancia se produce una violación del debido proceso por vía de desconocimiento del principio contenido en él, cuya expresión usual es la frase latina non bis in ídem”.

Adicionalmente, el legislador se encuentra facultado para distinguir en la autoría mediata, entre la instrumentalización del adulto o del niño para la comisión del delito, sin que se pueda entender “como lo afirma el actor, que se está duplicando el delito y por esa vía [quebrantando] el principio del non bis in ídem”.

1.3.2. En relación con la objeción parcial de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 10º de la ley 1453 de 2001, expone la apoderada que si bien coincide con el actor en que la tipicidad exige la mayor precisión posible en la descripción del delito, a fin de que el asociado tenga claro qué conductas se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico, ello no puede llegar al extremo exigir una precisión casuística como la pretendida en la demanda puesto que tal “nivel de precisión podría patrocinar la impunidad, y, por esa vía, desatender la defensa social. La verdad es que la expresión “objeto peligroso”, tiene un razonable nivel de precisión que le da un carácter determinado y determinable en los casos concretos. La palabra objeto se entiende en el texto como sinónimo de cosas”.

Mientras tanto afirma que, conforme a la real Academia de la lengua lo peligroso significa lo que puede ocasionar riesgo o daño a un bien, “que en el contexto de la conducta descrita en el tipo examinado tiene el sentido de sancionar a quien porte o ingrese arma blanca u objetos peligrosos al interior de un escenario deportivo o cultural, resultando lo suficientemente claro y razonable el texto, pues precisa un objeto de tal naturaleza, que no puede tener espacio en escenarios como los indicados, en los cuales se pueden presentar manifestaciones emocionales, que efectivamente se presentan, causando efectos que no corresponden a la naturaleza de esos certámenes ni al interés de la gran mayoría de quienes asisten”.

1.3.3. En cuanto a la impugnación parcial formulada contra el precepto 19º de la Ley 1453 de 2011, considera la representante de la entidad que el juicio propuesto por el actor no consulta los elementos racionales de proporcionalidad, ya que los contenidos de la norma se dirigen a procurar condiciones de seguridad nacional, política, económica y social, bienes jurídicos de mayor transcendencia para el constitucionalismo moderno y contemporáneo.

Así mismo, el mencionado tipo penal se refiere a la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones, conducta que solamente pueden realizar los asociados siempre y cuando cuenten con la autorización del Estado. En efecto, la norma pretende evitar atentados contra la vida y la integridad personal. Por ello, el tipo penal contenido en el artículo 19 de la ley 1453 es un delito autónomo que prohíbe las armas y elementos que son instrumentos para la comisión de un sin número de delitos, lo que evidencia su gravedad y por consiguiente la severidad de las sanciones que acarrearán. Por lo tanto, no pueden considerarse irracionales y desproporcionadas las penas asignadas, en la medida que se trata de conductas que son medio para la comisión de crímenes más graves que afectan a la sociedad colombiana.

Igualmente, no puede soslayarse que el propósito del legislador al consagrar este delito y sus penas correspondientes es “propiciar una cultura de la no violencia, cuya ausencia es uno de los más graves para nuestro país”.

De otra parte, indica, que el cargo relativo a que la falta de proporcionalidad entre las penas establecidas en la norma impugnada frente a las señaladas en la Ley 975 de 2005 parte del desconocimiento de las características propias de la justicia transicional, que es excepcional, y se orienta al logro de fines específicos como la paz y la superación de un estado de violencia. De allí que, el legislador configure diseños normativos para persuadir a los delincuentes de que dejen la vida ilícita y negocien con el gobierno el cese de sus actividades a cambio de penas menos severas a las ordinarias. Por ende, el fin que persigue la justicia transicional justifica la reducción de las penas y el trato diferenciado frente al castigo asignado a los delitos ordinarios.

1.3.4. Finalmente, el ICBF, a través de su representante, apoya los argumentos de inexecutable del actor sobre los apartes demandados del artículo 65 de la Ley 1453, pues estima que una persona no puede ser considerada peligrosa por el solo hecho de que se encuentre acusada de una infracción penal, dado que ello implica violar el principio de presunción de inocencia del cual es titular mientras no sea condenada. Lo propio sucede al otorgarle la calidad de peligroso al individuo sujeto a una medida de aseguramiento.

1.4. Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

El Ministerio de Defensa interviene a través del Secretario General de la Policía Nacional, Teniente Coronel Ciro Carvajal Carvajal. Solicita a esta Corporación que declare la

exequibilidad de los artículos 7, 10 y 19 de la Ley 1453 de 2011. En otro sentido, en cuanto al numeral 3º del precepto 65 de la misma ley, pide la declaratoria de inexecutable. Apoya su postura en las siguientes razones:

1.4.1. Respecto del artículo 10 de la Ley 1453, destaca que todos los tipos penales referidos por el demandante tienen la estructura de sujeto activo, sujeto pasivo, conducta antijurídica y sanción, que definen individualmente sus “verbos rectores de la coautoría y la participación”. De donde se sigue que esta consagración normativa es el ejercicio de la libertad de configuración en materia penal por parte del Congreso de la República.

1.4.3. Con relación al artículo 19 de la ley 1453, defiende su constitucionalidad conceptuando que el delito fue introducido al código penal con el fin de “evitar que los grupos armados ilegales y la delincuencia común y organizada, sigan evadiendo las consecuencias jurídicas del delito antes mencionado, aprovechando el tecnicismo procesal de la libertad provisional en las medidas de aseguramiento, por tratarse de una conducta punible excarcelable”.

1.4.4. Finalmente, pide la declaratoria de inexecutable del aparte demandado del artículo 65 del compendio normativo enunciado, comoquiera que no puede estigmatizarse a una persona por el hecho de tener un problema de índole penal.

2. De Instituciones Educativas.

2.1. Universidad de Ibagué.

El señor Álvaro González Murcia, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de esta institución, solicita la declaratoria de executable de la totalidad de las disposiciones normativas demandadas, con base en las fundamentaciones que se enuncian a continuación:

2.1.1. El artículo 7º de la Ley 1453 de 2011 es executable, puesto que la penalización del “uso de menores de edad para la comisión de delitos” es un nuevo instrumento de lucha contra la criminalidad que se vale de los menores de edad para cometer ilícitos. Por ende, a través del precepto impugnado se pretende cumplir los fines consagrados en los artículos 2, 22 y 95.6 de la Carta Política. De igual forma, es el desarrollo del interés superior del menor tal como lo expone la sentencia C-856 de 2009.

Al mismo tiempo manifiesta que, no encuentran argumentos en la demanda que expliquen la vulneración al principio non bis in ídem toda vez que, el actor no contempla en los cargos lo que la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia han identificado como las hipótesis de aplicación del referido mandato de optimización, consistentes en: i) la proscripción de juzgar dos veces a una persona por los mismos hechos; ii) la imposibilidad de realizar doble estimación de consecuencias penales; y iii) la prohibición de adelantar nuevas investigaciones o juicios de un hecho, sobre el cual se configuró cosa juzgada.

De otro lado, recalca que el legislador sanciona los comportamientos que lesionan o ponen en peligro los intereses jurídicos, de dos maneras: i) codificando tipos penales cerrados; y ii) previendo los dispositivos amplificadores del tipo, como son la tentativa y la participación. Estas últimas se establecen para sancionar hechos punibles en los que intervienen muchas personas, de ahí que “justifican la existencia de figuras de la Parte General del Código Penal, pero en momento alguno están llamadas a tipificar comportamientos usurpando la función de la Parte Especial de la misma obra”. Así, insiste que los delitos tipificados en la Parte Especial del estatuto penal son tipos de autoría que señalan los sujetos activos de las conductas prohibidas, de modo que “el legislador considera, autor del delito de constreñimiento a menores de 18, a quien realice uno de los verbos rectores o de quien puede afirmarse que el hecho es suyo”. Por lo tanto, el actor le da un alcance a la participación que la ley 599 de 2000 no tiene.

2.1.2. El aparte acusado del artículo 19 es igualmente exequible, comoquiera que el concepto “objeto peligroso” se encuentra definido por las Naciones Unidas en normas internacionales reconocidas por Colombia, en consecuencia no puede atribuírsele una indeterminación legal que vulnere el principio de legalidad y la Constitución Política de 1991. En efecto, es un tipo penal en blanco que obliga a la remisión de otras normas para completar su tipicidad y constituye un mecanismo de prevención general del delito que merece el respaldo de la Corte.

2.1.3. El aumento punitivo del artículo 19 es también exequible debido a que es producto del ejercicio de la función de diseñar la política criminal del Estado que le fue asignado al Congreso de la República por las disposiciones 114 y 150 de la Carta Política, potestad que

fue avalada por la sentencia C-535 de 2006 en la cual se resolvió el incremento sancionatorio para el porte de sustancias estupefacientes.

Así mismo, recuerda que Colombia mediante la ley 737 de 2002 aprobó la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones y explosivos; norma sobre la que esta Corporación estudió su constitucionalidad en la sentencia C-764 de 2002, en la que se señaló que “los Estado Partes eran concientes de la necesidad urgente de impedir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico de armas, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, debido a los efectos dañinos de este tipo de actividad. Todo, con el fin de asegurar la seguridad de cada Estado y de la región, en su conjunto, que ponen en riesgo el bienestar de los pueblos, su desarrollo social y económico y su derecho a vivir en paz”⁸. En el mismo sentido, el señor Decano deduce de la providencia referida que el derecho penal es una herramienta imprescindible para el cumplimiento de los compromisos internacionales del país y para combatir las conductas que ponen en riesgo la seguridad pública.

De similar forma, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹ y de la Corte Suprema de Justicia¹⁰ arguye que, la visión moderna del derecho penal no se agota en la tipificación de los delitos individuales, sino que también tiene la obligación de “asegurar la convivencia social para garantizar otros bienes jurídicos. La vida y la integridad personal, se encuentra seriamente amenazados sí no se controla, efectivamente el tráfico y porte de armas de fuego”.

2.1.4. Las expresiones demandadas del artículo 65 modificadorio del 310 del Código de Procedimiento Penal no son contrarias a la Constitución, dado que esta Corte en sentencia C-1198 de 2009 ya determinó la exequibilidad del artículo 24 de la ley 1142 de 2007, que reformó el precepto señalado de la Ley 906 de 2004. De esta forma, tanto la disposición 24 de la Ley 1142, como la proposición jurídica impugnada tienen el mismo objeto normativo, como es regular la expedición de una medida de aseguramiento por peligrosidad del indiciado, por consiguiente le son aplicables los fundamentos jurisprudenciales de la sentencia citada.

2.2. Universidad Javeriana.

Vanessa Suelto Cock Directora del Grupo de Acciones Públicas del Departamento de Derecho

Público de esta institución, solicita la exequibilidad de los artículos 7 y 65 de la Ley 1453 de 2011, y la constitucionalidad condicionada del artículo 10 del mismo estatuto. A continuación se reseña una síntesis de su intervención:

2.2.1. Defiende la constitucionalidad del artículo 7º de la Ley 1453 porque: i) El argumento del actor de que la autoría penal producirían doble castigo con la norma impugnada, no es de recibo en la medida que desconoce las normas de concurso de las conductas punibles, las cuales enseñan que dependiendo de la gravedad del ilícito y el fin de las actuaciones pueden concursar entre ellas “y en caso de encontrar al acusado culpable, el castigo mayor se subsumirá a los demás generando por supuesto un único castigo y no como dice el demandante, castigos variados por un mismo hecho; ii) no se presenta la vulneración al principio non bis in ídem, pues este se aplica al proceso penal únicamente en la etapa de juicio, tal como se desprende del artículo 29 de la Constitución Política, en otras palabras no se puede volver a procesar a un individuo que ya fue juzgado por los delitos que le acusan por segunda vez. En efecto, “el lugar procesal donde el demandante ubica la norma se encuentra errado, ya que es en la etapa de juicio donde no se admite una imputación por juicios y condenas pasadas” de modo que “es el juez quien debe desechar los [cargos] por afectar el Non bis in ídem”.

2.2.2. Frente a la demanda parcial del artículo 10 de la Ley 1453 de 2011, la interviniente solicita un fallo modulado que integre a la norma una regla jurídica que precise lo que deba entenderse por la expresión “u objeto peligroso”. Así las cosas, considera razonable el cargo de indeterminación formulado por el actor, sin embargo, afirma que no puede eliminarse la expresión demandada de la norma puesto que, ello le restaría la eficacia a la misma y diezmaría su aplicación en el contexto de los escenarios deportivos (la violencia en los estadios colombianos) en el que se espera que surta el efecto deseado. Al mismo tiempo, aduce que es necesaria la modulación de la sentencia en razón a que la norma atacada no es un tipo penal en blanco, pues no existe en el ordenamiento jurídico una norma que defina claramente lo que debe comprenderse por un elemento u objeto peligroso.

2.2.4. Con relación a la demanda parcial del numeral 3º del artículo 65 de la ley parcialmente acusada, solicita su exequibilidad toda vez que el juicio que impone una medida de aseguramiento se concentra en analizar la peligrosidad del imputado, lo cual no implica que su destinatario quede sujeto a una condena, y por consiguiente no comprende un examen de

culpabilidad, o de autoría del delito. “Como se puede observar, este no violenta en modo alguno el principio de inocencia constitucional, ya que no implica que se de el grado de culpable a una persona que no ha surtido el procedimiento penal para tal fin, sino que se cataloga como una persona que podría eventual significar un peligro”. Para finalizar subraya que, las medidas de aseguramiento persiguen fines constitucionales como la protección a las víctimas, al debido proceso en la preservación de las pruebas, y a la sociedad en su conjunto.

3. De organizaciones gremiales, sociales y académicas.

3.1. Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Interviene a través de uno de sus miembros, el académico Eduardo Montealegre Lynett para solicitar la exequibilidad del artículo 7º y de la expresión “la pena anteriormente dispuesta se duplicará” del precepto 19 de la Ley 1453 de 2011. Simultáneamente, pide la inexecuibilidad de la expresión “de nueve (9) a doce (12) años” del artículo 19, al igual que de las proposiciones normativas impugnadas contenidas en los artículos 10 y 65 del mismo compendio normativo.

3.1.1. El interviniente considera que el artículo 7º de la Ley 1453 debe ser declarado exequible, puesto que no desconoce el principio non bis ídem, integrante del derecho fundamental al debido proceso, en la medida que no conduce a que se sancione dos veces un mismo comportamiento. Así, el nuevo tipo penal es un delito de mera conducta, esto es, no requiere de un resultado lesivo para que se consume, mientras que las sanciones derivadas de las autorías y la participación sí exigen para su configuración la modificación del mundo real. Igualmente, este es un tipo autónomo que no necesita más de un individuo para la culminación del camino criminal, dado que en principio fue desprendido de los concursos.

Entonces, “el actor parte de una interpretación errada, frente a la disposición censurada, pues figuras como la autoría mediata y la determinación, son sancionadas por el desvalor del resultado causado con el designio criminal. No ocurre lo mismo frente a la injerencia indebida sobre un menor de edad. Por ende, ese comportamiento no es sancionado dos veces, como afirma el actor. No se está incumpliendo el deber del legislador de fraccionar un mismo hecho y convertirlo en dos delitos distintos, como se plantea en la demanda”.

Al mismo tiempo, al aplicar el test de razonabilidad concluyó que la norma atacada es razonable toda vez que busca velar por la protección del derecho a la autonomía de los menores de edad, y protegerlos de cualquier tipo de violencia física o moral, respondiendo así al interés superior consagrado en el artículo 44 de la Constitución. Sobre el particular señaló: “Nótese que estamos frente a una medida que restringe la libertad personal del agente. En contraposición, la medida analizada busca proteger la autonomía personal de los niños, frente a cualquier tipo de injerencia indebida (fin). Mediante la creación de un tipo penal novedoso, que sanciona esa instrumentalización del menor (medio). De no existir ese tipo penal, valerse de un menor de edad, principalmente cuando no se logre el designio criminal, quedará en la impunidad en los eventos planteados por el demandante (relación)”.

3.1.2. Destaca que le asiste la razón al demandante al señalar que el legislador desconoció en la expresión demandada del artículo 10 de la Ley 1453 el principio de estricta legalidad, comoquiera que busca sancionar el ingreso de ciertos objetos peligrosos, distintos a armas blancas, que atenten contra la seguridad de los asistentes a escenarios deportivos o culturales, y que no se encuentran claramente definidos por la ley. En suma, este mandato de optimización exige que los comportamientos sancionados deban estar expresa, clara, concreta e inequívocamente consignados en la ley, cosa que no se presenta en la proposición jurídica atacada. De lo anteriormente dicho, se evidencia que se vulnera el derecho al debido proceso. De hecho, el legislador sobrepasó los límites a su actividad, toda vez que la descripción cuestionada afecta la seguridad jurídica y las garantías de los ciudadanos, quienes se ven privados de la posibilidad de conocer qué comportamientos específicos constituyen un delito.

Asevera que la norma impugnada no cumple con el principio de legalidad estricta en razón que, por una parte, en su primer inciso remite al artículo 358 del Código Penal para identificar los objetos peligrosos con los desechos o residuos peligrosos, radiactivos o nucleares considerados como tales por los tratados internacionales ratificados por Colombia; por otra, en su inciso final hace referencia a los objetos peligrosos diferentes a las armas blancas con las cuales se ingrese a los escenarios deportivos y culturales. De donde se sigue que, se deprenen dos interpretaciones. “La primera, quien porte o ingrese sustancias, desechos o residuos peligrosos radioactivos o nucleares clasificados como tales por los tratados internacionales aprobados por Colombia, será juzgado por el delito de tenencia fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos [art. 358 Ley 599 de 2000] (...) La

segunda, que no se ajusta a la constitución, según la cual quien porte o ingrese ese tipo de elementos a un escenario deportivo o cultural” será responsable penalmente del empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (art. 10 Ley 1453 de 2011).

No obstante, subsidiariamente, el representante de la academia solicita a esta Corporación una modulación del fallo, en virtud del bien jurídico que protege la norma y del principio hermenéutico de conservación del derecho. De ahí que, de encontrarse una interpretación de la expresión demandada ajustada a la Carta Política, le está vedado a la Corte declarar su inexecutable. Siendo así, pide condicionar la constitucionalidad de la norma, “en el entendido que la prohibición comprende el ingreso de cualquier tipo de elemento que pueda poner en peligro la integridad de los asistentes al escenario deportivo o cultural”.

En este sentido, señala que la expresión “de nueve (9) a doce (12) años” es desproporcionada con relación a las otras sanciones establecidas en otros tipos penales de mayor entidad para la protección de la seguridad jurídica, la vida y la integridad personal, que no cuentan con este marco punitivo. En efecto, el legislador tiene la libertad configurativa de tipificar conductas y fijar sus penas, con base en criterios de política criminal. Sin embargo, dicha labor no puede ser desproporcionada ni irracional con relación al daño social que genera el delito y a la gravedad frente a otro tipo de comportamientos. En esta lógica, con el fin de que no se produzca un vacío normativo propone que, la Corte aclare los efectos de su fallo de inexecutable de modo que reviva la pena consagrada antes de la modificación del artículo 365 del Código Penal que imponía un castigo que ascendía de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión.

De otro lado, subraya que no ocurre lo mismo con la también acusada expresión “la pena anteriormente dispuesta se duplicará”, porque el aumento punitivo se presenta en precisos casos definidos por el legislador, “que tornan más grave la conducta, como ocurre con muchos otros delitos. Además esa expresión estaba consagrada originalmente en el artículo 365, antes de la modificación del 2011, duplicando la pena mínima, situación que no constituye una afrenta a los límites racionales impuestos por el legislador”. Por ende, la proposición jurídica del inciso 3º del artículo 19 de la Ley 1453 debe ser declarada executable.

3.1.4. Por último, solicita la inexecutable de la expresión impugnada del artículo 65 de la

Ley 1453 de 2011, dado que considerar a una persona peligrosa “que no ha sido condenada, por sentencia ejecutoria, como ocurre en el evento objeto de análisis, desconoce además de la presunción de inocencia, los principios constitucionales de legalidad, necesidad y proporcionalidad que le son inherentes a las medidas de aseguramiento”.

Lo que es más importante para el interviniente, es la premisa derivada del bloque de constitucionalidad, de la jurisprudencia de las Cortes Interamericana de Derechos Humanos, Constitucional y Suprema de Justicia de Colombia que se concreta en que la privación de la libertad preventiva debe ser de carácter excepcional, pues la prisión preventiva no puede ser la regla general. Por consiguiente, como se exigió en la exposición de motivos de la ley 1142 de 2007 y en las Reglas de Mallorca si el imputado no pone en riesgo las finalidades perseguidas por el proceso no puede sujetársele a una medida de aseguramiento.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante concepto No. 5214 del 7 de septiembre de 2011, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte declararse INHIBIDA para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 7 y de las expresiones demandadas de los artículos 10, 19 y 65 de la Ley 1453 de 2011 por los cargos formulados en la demanda.

1. Sostiene el Jefe del Ministerio Público que la demanda no cumple con las condiciones y requisitos exigidos, de manera general, en las demandas de constitucionalidad. En efecto, con relación al artículo 7 el actor no explica con claridad cómo el hecho de crear el tipo penal de “uso de menores de edad en la comisión de delitos” vulnera los principios del non bis in ídem, la legalidad y favorabilidad. Incluso, las razones que fundan el reproche contra este son de índole legal y doctrinario, “en lugar de plantear una oposición directa entre la norma demandada y la norma constitucional invocada” de modo que los cargos no son específicos, pertinentes ni suficientes.

2. Respecto del artículo 10º la Vista Fiscal sostiene que el actor desconoce el principio de libre configuración del legislador en materia penal. Además, su argumento sobre la indeterminación de la expresión impugnada no es claro, porque esta norma en su inciso primero reenvía a los elementos estipulados en el artículo 358 del Código Penal. Adicionalmente, señala que las razones son impertinentes e insuficientes comoquiera que son consideraciones subjetivas para deslegitimar las sanciones penales referidas al ingreso

de objetos peligrosos a los escenarios deportivos y culturales. Por lo tanto, el problema de vaguedad que acusa el demandante puede ser subsanado con un ejercicio hermenéutico integrador del intérprete o del juez en uso de su “autonomía y con sujeción a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”.

3. Con relación a los apartes demandados del artículo 19 de la Ley 1453 de 2011 el Procurador conceptúa que el actor omitió evaluar la libertad y autonomía del legislador para diseñar la política criminal, facultad que comprende la tipificación de conductas y la asignación de las penas correspondientes. Igualmente, sus razones son generales, impertinentes e insuficientes que responden a su juicio subjetivo de racionalidad y proporcionalidad sobre el aumento de las penas para el porte ilegal de armas.

4. En lo que concierne a la impugnación parcial del artículo 65, el jefe del órgano de control también considera que la demanda desconoce los requisitos exigidos para la admisibilidad de un cargo de inconstitucionalidad, pues aquella se fundamenta en una interpretación subjetiva, la cual soslaya que la norma demandada se concentra en otorgar al juez la facultad de valorar, adicionalmente, la peligrosidad de un indiciado tomando en consideración las situaciones en las que ya se encuentre acusado o esté sujeto a medida de aseguramiento. Ello no implica vulneración alguna a la presunción de inocencia, en cambio si “se trata de un insumo relevante y adecuado para un análisis prudente de la peligrosidad del imputado, que debe hacer el juez de control de garantías al considerar la detención preventiva”.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las disposiciones acusadas forman parte de una ley de la República, en este caso, de la Ley 1453 de 2011.

Cuestión Preliminar: Aptitud sustancial de la demanda para permitir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte

2. Según el concepto del Procurador General de la Nación la decisión de la Corte debería ser inhibitoria, comoquiera que, a su juicio, el demandante no cumplió a cabalidad con los

requisitos de claridad, certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia que deben caracterizar un cargo de inconstitucionalidad de un precepto. En particular, señala que las apreciaciones del demandante son “meras consideraciones subjetivas”.

3. Al respecto observa la Corte que el demandante construyó cuatro cargos de inconstitucionalidad, que se sintetizan así:

i) El artículo 7 de la Ley 1453 de 2011, vulnera el derecho al debido proceso (Art. 29 C.P.), específicamente al principio de non bis in ídem, toda vez que los verbos rectores del tipo penal se identifican con la participación y la autoría consagradas en el Código penal, de modo que se castiga dos veces una misma conducta.

ii) La expresión “u objetos peligrosos” del precepto 10º de la ley acusada infringe el principio de legalidad estricta, integrante del derecho al debido proceso (Art. 29 C.P.), comoquiera que la indeterminación de esta acepción no se encuentra resuelta en la ley, por ende los destinatarios de las normas no conocerán qué conducta se encuentra prohibida, así que deberá ser concretada discrecionalmente por los operadores jurídicos.

iii) Las proposiciones impugnadas del artículo 19 de la Ley 1453, desconocen el orden justo (art. 2º C.P.) debido a que es desproporcionado e irrazonable asignarle un mayor marco punitivo a delitos que protegen un bien jurídico abstracto como la seguridad pública, frente a otros que salvaguardan bienes de mayor entidad como la vida, la integridad personal o la libertad sexual.

iv) La introducción en el artículo 65, como criterio de valoración para estimar si la libertad de un procesado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, del hecho de que se encuentre acusado o sujeto a una medida de aseguramiento en otro proceso, quebranta el principio de presunción de inocencia consagrada en el artículo 29 de la Constitución.

Como se puede advertir, a partir de esta sencilla enunciación de los cargos de la demanda, contrario a lo señalado por el Ministerio Público, estos cumplen con los atributos de claridad, certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia. El demandante suministra razones objetivas y verificables en las que soporta sus censuras, cumpliendo así con la carga mínima de comunicación y argumentación que le es exigible sobre las normas que acusa, los preceptos constitucionales que, a su juicio, resultan vulnerados, así como sobre el concepto de dicha

violación y la razón por la cual la Corte es competente para pronunciarse sobre la materia. El cumplimiento de estos presupuestos permitió que la demanda suscitara el diálogo esperado entre el ciudadano, las autoridades estatales comprometidas en la expedición y aplicación de las normas, y el tribunal constitucional.

Las razones expuestas por el demandante en relación con cada una de las censuras generan al menos una duda sobre la conformidad de los preceptos acusados con los principios y disposiciones constitucionales invocados, por lo que la Corte procederá a su examen y emitirá pronunciamiento de fondo respecto de los mismos.

Problemas jurídicos planteados

5. De conformidad con el debate planteado por el demandante y los intervinientes en este juicio, corresponde a la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Vulnera el artículo 7 de la Ley 1453 de 2011 el derecho al debido proceso, en particular el principio del non bis in ídem, al crear el tipo penal de uso de menores en la comisión de delitos, teniendo en cuenta que esta conducta ya se encontraría subsumida en las figuras de autoría mediata, participación delictiva y en el delito de constreñimiento ilegal?

(ii) ¿Quebranta la expresión “u objetos peligrosos” del artículo 10 de la Ley 1453 de 2011, el derecho al debido proceso, específicamente el principio de estricta legalidad, al no señalar explícitamente su contenido y alcance y dejar al arbitrio del operador jurídico su definición, de manera tal que el ciudadano no conozca de antemano qué conductas se encuentran prohibidas?

(iii) ¿Desconocen las proposiciones “de nueve (9) a doce (12) años” y “la pena anteriormente dispuesta se duplicará” del artículo 19 de la Ley 1453 el orden justo, comoquiera que le asignan un marco punitivo más amplio a un delito que protege un bien

jurídico abstracto como la seguridad, en comparación con otros tipos penales que salvaguardan intereses de mayor entidad como la vida, la libertad sexual o la integridad personal?

(iv) ¿Infringe la expresión “el hecho de estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento” del artículo 19 de la Ley 1453 el principio de presunción de inocencia, elemento integrante del debido proceso, al introducir estos criterios en la valoración que debe hacer el juez sobre el grado de peligrosidad de un imputado con miras a imponer una medida de aseguramiento?

6. Para resolver los problemas jurídicos así planteados, la Sala recordará su jurisprudencia sobre el ámbito de libertad de configuración del legislador en materia penal, así como la relativa al debido proceso y en particular a las garantías de estricta legalidad, prohibición del non bis in idem y presunción de inocencia, que actúan como límites a esa potestad de configuración legislativa. En ese marco se pronunciará sobre los cargos de la demanda.

La potestad de configuración del Legislador en materia penal y el principio de estricta legalidad¹¹

7. La configuración de los tipos penales, como aspecto relevante del diseño de la política criminal, comporta una valoración social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir amenazas o lesiones a esos bienes jurídicos, el grado de gravedad de la lesión o de la amenaza que de lugar a la intervención punitiva, y el quantum de la pena que deba aplicarse.

Sobre el ámbito de libertad que la Constitución reconoce al Legislador para la regulación de estas materias expuso la Corte:

“En principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. Por el contrario dentro de una concepción conforme a la cual sólo debe acudir al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo, la criminalización de una conducta solo puede operar como ultima ratio.

Sin embargo, la Corte ha encontrado que en determinados casos, tanto la naturaleza de los bienes jurídicos, como la gravedad de las conductas cuya exclusión se impone como medida para su protección, hacen que del ordenamiento constitucional, incorporados en él los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, se derive el imperativo de criminalizar ciertos comportamientos. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que existe un deber constitucional de sancionar penalmente conductas tales como la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, o las desapariciones forzadas¹².

En el otro extremo se encontrarían aquellas conductas que, dado que se desenvuelven en ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados, o debido a la escasa significación del bien jurídico que afectan, estarían constitucionalmente excluidas de la posibilidad de ser objeto de sanción penal.

Al margen de esos dos extremos, y dentro de los límites generales que el ordenamiento constitucional impone al legislador en materia penal, existe un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar que bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena¹³.

8. No obstante, ha reconocido la jurisprudencia que esta prerrogativa del legislador está sujeta a límites. Se dijo al respecto en la sentencia C-038 de 1995¹⁴:

“Así, 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 punendi* 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.

“(…)

“(…) el Legislador puede criminalizar o despenalizar conductas, siempre que al hacerlo respete los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución. En efecto, como bien lo señala uno de los ciudadanos intervinientes, el Legislador puede y debe describir conductas en tipos penales sin que ellas estén prohibidas en forma expresa por la Constitución, cuando considere que es indispensable acudir al derecho penal, como última ratio, para defender el interés jurídico de eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y en función social de los derechos de las personas. El control constitucional, en este caso, es más un control de límites de la competencia del Legislador, con el fin de evitar excesos punitivos.”

9. Los criterios sobre los límites al poder de configuración legislativa en materia penal, han sido reiterados en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, en la sentencia C-070 de 1996, se declaró la constitucionalidad del inciso primero del artículo 372 del Decreto 100 de 1980, que establecía que cuando en los delitos contra el patrimonio económico la cosa objeto del ilícito superaba un valor determinado en pesos, debía agravarse la pena, en el entendido de que la suma fijada debía actualizarse en términos de valor constante, con el objeto de impedir un “exceso injustificado en la punibilidad de los delitos contra el patrimonio económico por efecto de la pérdida de valor adquisitivo del peso”, lo cual acarrearía que la sanción fuera desproporcionada. Se recoge así evidentemente el principio de la “prohibición del exceso”, modalidad específica de aplicación del principio de proporcionalidad en materia penal.

Dijo entonces la Corte:

“Ahora bien, en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales. Tales límites pueden ser explícitos como implícitos. Así, al Legislador le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer las penas de muerte (CP art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (CP art. 34), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo (CP art. 2). La dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición

legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”

(...)

“En consecuencia, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos”.

10. En la sentencia C-939 de 2002¹⁵ se inserta una amplia exposición sobre las limitaciones del legislador en materia de tipificación de las penas y establecimiento de las sanciones, que por su pertinencia se reproduce, en lo esencial, a continuación:

“5. Respecto del poder punitivo ordinario del Estado, la Corte Constitucional ha reiterado que el legislador goza de amplia competencia (libertad de configuración legislativa) para definir cuáles conductas han de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”¹⁶.

“(…) la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal¹⁷. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible.

“5.1 Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material)¹⁸ y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”¹⁹. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de

manera clara, precisa e inequívoca²⁰.

“5.2 Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos²¹, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional²². Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales²³, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia²⁴ y, en general, el bloque de constitucionalidad.

“5.3 Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad²⁵ del tipo, así como de la sanción²⁶. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (...).

“(...

“6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva”.

El principio de legalidad estricta como límite a la libertad de configuración del legislador

11. Como se desprende de las anteriores referencias jurisprudenciales, uno de los límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal lo constituye el principio de estricta legalidad. En distintas ocasiones se ha declarado la inexecutable de enunciados normativos en materia penal por transgredir este principio.

Así, en la sentencia C-559 de 1992²⁷ se declaró la inconstitucionalidad de dos tipos penales en razón de “la ambigüedad de la descripción penal.” La misma decisión se tomó en la sentencia C-843 de 1999, que halló contraria a la Constitución una norma sancionatoria pues ella no predeterminaba claramente las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas²⁸. También en la sentencia C-739 de 2000, en que la Corte declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 6 de la Ley 422 de 1998, que tipificaba el delito de acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, en razón de que contenía algunas normas demasiado amplias y equívocas.

En la sentencia C-205 de 2003 la Corte declaró la inconstitucionalidad de una disposición que preveía la sanción penal de quien comerciara con autopartes usadas de vehículos automotores y no demostrara su procedencia bajo el delito de receptación. A juicio de esta Corporación resultaba vulnerado el principio de legalidad, puesto que la tipificación no era suficientemente específica, de manera que podían resultar sancionados “quienes, por ejemplo, no conservan las facturas correspondientes pero comercian con bienes que pueden tener un origen lícito, ya que sólo quedará exento de responsabilidad quien logre demostrar la adquisición lícita de los mismos”. La Corte encontró que “la norma penal resulta siendo ambigua para el ciudadano por cuanto no establece una clara frontera entre cuándo resulta ser lícito o no comerciar con esta clase de mercancías, violándose así el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.”

En esa providencia, luego de una extensa reflexión sobre el principio de legalidad en materia penal, particularmente sobre la importancia del principio de reserva material de ley para la creación de tipos penales, en tanto que manifestación del principio democrático y garantía del pluralismo político, la Corte enunció las manifestaciones más relevantes del principio de legalidad:

1. La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*);
2. La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*);
3. La prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*);
4. La prohibición delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)

)29;

5. El principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*)³⁰;

7. El derecho penal de acto y no de autor.

La prohibición de delitos y penas indeterminados. Los tipos penales en blanco y los tipos penales abiertos.

12. Esta prohibición que forma parte del principio de estricta legalidad que debe regir la configuración de los delitos y de las penas, hace referencia a dos modalidades de tipos penales especialmente controvertidas: los tipos penales en blanco y los tipos penales abiertos.

Esta Corporación ha definido un tipo penal en blanco como aquel en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal. Los tipos penales en blanco responden a una clasificación reconocida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia constitucional colombiana³² ante la incapacidad práctica de abordar temas especializados y en permanente evolución, siempre que la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente³³.

13. Distintas cuestiones surgen respecto de los tipos penales en blanco y el principio de legalidad en materia penal. La primera de ellas es si la normatividad a la cual se acude por remisión, debe ser preexistente o precedente al tipo penal en blanco. Al respecto, esta Corporación ha expresado que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado³⁴.

También se ha indagado si se ajusta al principio de legalidad cuando la remisión opera respecto de disposiciones que no tengan la entidad de ley en sentido formal. Frente a este interrogante la Corte ha distinguido entre la remisión que ocurre frente a disposiciones de igual jerarquía y aquella que ocurre frente a normas de inferior jerarquía, denominada remisión propia e impropia, según el caso, para concluir que es posible el reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que una vez integrado el tipo penal este adquiere unidad

normativa pues " ... la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo. La norma complementaria se adosa al tipo penal básico para integrar el "tipo penal", momento a partir del cual éste tiene vigencia y poder vinculante completo. Ambas forman una unidad normativa que tiene plena vigencia"35.

13.1. En todo caso, la remisión o reenvío del tipo penal en blanco a normas de rango administrativo tiene sus propias reglas. Según se señaló en la sentencia C-605 de 2006, la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales: En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales36.

14. Una segunda cuestión son los doctrinalmente denominados tipos penales abiertos. La Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto y ha sostenido:

"La dogmática tradicional ha considerado que el tipo penal debe contener en sí mismo todos los elementos que lo determinan y que lo hacen diferente a otros tipos penales que pueden llegar a ser parecidos. Así lo fundamentan en los artículos 28 y 6º de la Constitución, reiterados por el artículo 3º del Código Penal que establece: "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca".

"Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta donde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio, se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.

“No obstante este principio general, el propio Código Penal ha consagrado tipos penales abiertos en los que no existe total precisión de las circunstancias en que la conducta debe realizarse. De esta categoría son entre otros, la falsificación de moneda (Cod. Penal art. 207) y el incesto (Cod. Penal art. 259). En el primer caso -falsificación de moneda-, el significado de moneda se debe entender como un medio de pago cuya emisión y circulación están regulados en la ley y sobre los cuales el Estado ejerce la suprema dirección. En el incesto, la amplitud de la conducta descrita -“otro acto erótico sexual”-, es necesaria, pues las consecuencias antijurídicas se producen tanto con la sexualidad normal como con la anormal y tanto en el acceso carnal propiamente dicho como en los actos que pueden conducir a ello.

“Estos dos tipos penales que se han tomado como ejemplo, desde el Código Penal de 1.837 responden a una clasificación como “tipos abiertos”, por lo que se demuestra que en determinadas circunstancias el legislador no plasma en el tipo penal la descripción perfecta de la conducta, por ser imposible y sin embargo históricamente se ha considerado que con ello no se vulnera el principio de tipicidad”³⁷.

15. Desde la sentencia C-559 de 1999, la Corte Constitucional admitió la legitimidad de este mecanismo alternativo de integración del tipo, al reconocer que no toda la realidad sujeta a regulación penal es susceptible de ser descrita en moldes legales, cerrados y completos. Este criterio fue recientemente reiterado y precisado en la sentencia C-442 de 2011:

“Se tiene entonces que el tipo penal abierto supone cierto grado de indeterminación de los elementos normativos que lo configuran, empero esto no acarrea indefectiblemente su inconstitucionalidad. Además como ha señalado con acierto la doctrina³⁸ todo tipo penal puede ser calificado como abierto porque deja cierto margen a la interpretación, por lo que se trata más bien de una cuestión de grados, hay tipos más cerrados y tipos más abiertos.

La apertura del tipo puede dar lugar a distintos problemas constitucionales, salta a la vista que un tipo absolutamente abierto vulnera el principio de tipicidad. Pero también desconoce el principio de legalidad porque no sería la ley la que crea el delito, sino la voluntad posterior del juez, expresada al momento de la sentencia, este es precisamente el principal reproche que hacen los demandantes a las disposiciones demandadas.

Por lo tanto, lo que habría que indagar en cada caso es si existen referencias que permitan precisar el contenido normativo de los preceptos penales y respecto de los delitos de injuria y calumnia es fácil constatar que la respuesta es positiva, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia han cumplido este propósito”.

16. En conclusión, la jurisprudencia ha reconocido un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar que bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena. No obstante, debe tratarse de una prerrogativa sujeta a límites. Estos límites están dados fundamentalmente por el respeto a los derechos constitucionales de los asociados, el deber de respetar el principio de legalidad estricta, y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, aplicables tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. Dentro de las garantías que involucra el principio de legalidad estricta se encuentra la prohibición de delitos y penas indeterminadas. En relación con este aspecto se han estudiado los tipos penales en blanco, respecto de los cuales la jurisprudencia ha admitido su constitucionalidad siempre y cuando la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente.

Dentro de los límites constitucionales que se imponen al legislador para el ejercicio de la potestad de configuración de los delitos y de las penas, se encuentra también el debido proceso (Art. 29), y como una garantía a él adscrita la prohibición de doble incriminación, a la que se hará referencia a continuación.

La prohibición de doble incriminación (non bis in idem), como límite a la potestad de configuración en materia penal

17. El principio non bis in idem se encuentra estipulado en el inciso 4º del artículo 29 de la Constitución³⁹. En él se establece que “quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Este postulado se fundamenta, según lo ha establecido la jurisprudencia de esta corporación, en los principios de seguridad jurídica y la justicia material.

Así lo destacó desde la sentencia T-537 de 2002, la Corte sostuvo que:

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

En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio non bis in ídem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material.”⁴⁰ (Se destaca).

18. En cuanto al alcance de este derecho, en desarrollo de la interpretación constitucional del artículo 29 de la Carta, la Corte ha identificado el principio non bis in ídem como un derecho fundamental de aplicación inmediata⁴¹, que hace parte del debido proceso, que protege a cualquier sujeto activo de una infracción de carácter penal, disciplinario, o administrativo⁴² mediante la prohibición de dos o más juicios y sanciones por un mismo hecho⁴³.

19. La función que cumple el non bis in ídem, ha dicho la Corte, 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. Por eso, éste principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea “juzgado dos veces por el mismo hecho.”⁴⁴

21. Al interpretar el alcance de la garantía constitucional, la jurisprudencia colombiana ha precisado que un mismo supuesto fáctico puede eventualmente llevar a dos consecuencias negativas para la misma persona, pero advirtió que se vulnera el non bis in ídem cuando se

presenta una triple identidad (objeto, causa y persona) en las dos imputaciones :

“Ello es así porque la proscripción de generar dos o más juzgamientos por un mismo hecho exige mucho más que la simple identidad del supuesto de hecho que desencadena los distintos procesos (...) Es cierto que toda persona tiene derecho a la emisión de una decisión definitiva en los conflictos suscitados y a la proscripción de la facultad estatal de reconsiderar esa decisión definitiva pues es claro que con un tal proceder se extendería un manto de inseguridad jurídica sobre las decisiones de los poderes públicos y se socavarían las bases mismas del Estado de derecho. Sin embargo, para que tal derecho se consolide se requiere mucho más que la simple identidad en la situación de hecho que sirve de punto de partida a esas diversas actuaciones, circunstancia que explica por qué la jurisprudencia y la doctrina, recogiendo decantadas elaboraciones, exijan la triple identidad de objeto, causa y persona entre dos actuaciones para afirmar la vulneración del principio non bis in idem. (...)”⁴⁶

22. Para definir los supuestos de aplicación del principio non bis in idem la Corte ha señalado que deben concurrir tres identidades. Así, la sentencia C-244 de 1996 establece que:

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

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

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

“La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos.” ⁴⁷

23. Igualmente, para la Corporación la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. Esta Corte ha

precisado que el non bis in ídem veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción.⁴⁸

24. Según la jurisprudencia de la Corte, existen múltiples razones por las cuales puede no existir identidad de causa. En este sentido ha indicado que la causa de los juzgamientos concurrentes es distinguible cuando difieren la naturaleza jurídica de las sanciones⁴⁹, su finalidad⁵⁰, el bien jurídico tutelado⁵¹, la norma que se confronta con el comportamiento sancionable⁵² o la jurisdicción que impone la sanción⁵³.

25. Estos mismos criterios (identidad de sujeto, objeto y causa) han sido aplicados frente a concurrencia de sanciones o consecuencias negativas de naturaleza penal, a efecto de establecer si se presenta vulneración del non bis in ídem. Así en la sentencia T- 537 de 2002 se consideró que no se configuraba violación al mencionado postulado al someter a investigación penal, por el delito de homicidio (por envenenamiento) cometido contra un menor de edad, a una persona que ya fue juzgada por el abandono seguido de muerte de ese mismo menor. En esta ocasión consideró la Corte que no concurría identidad de objeto, toda vez que “Si a un menor que ya ha sido víctima de un acto de abandono se le causa la muerte por envenenamiento, es claro que se comete un acto naturalísticamente diferente, que no tiene ninguna relación con el delito de abandono, que implica un atentado contra la vida como bien jurídicamente protegido y que constituye un delito de homicidio”. (...) En ese marco, por tratarse de hechos diferentes, cada uno de ellos genera una imputación penal diversa, una a título de abandono de menores y otra a título de homicidio. Esos dos hechos, que naturalísticamente son diferentes, pueden generar o no imputaciones concurrentes contra una misma persona”.

En la sentencia C-194 de 2005 se declaró la exequibilidad, frente a un cargo por vulneración del non bis in ídem, de una norma penal⁵⁴ que condicionaba la concesión de la libertad condicional a la valoración de la gravedad de la conducta. Para la Corte no concurría “la triple coincidencia que es requisito para su configuración”, comoquiera que “pese a que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad somete a valoración al mismo sujeto de la condena, aquella no se adelanta ni con fundamento exclusivo en el comportamiento que fue objeto de censura por parte del juez de la causa, ni desde la misma óptica en que se produjo la condena del juicio penal”.

En la sentencia C-115 de 2008 la Corte declaró que no vulneraba el principio del non bis in idem la disposición⁵⁵ que contempla como circunstancia de agravación punitiva de los delitos de homicidio y lesiones culposas el hecho de que el resultado lesivo se produjera bajo el influjo de bebida embriagante, droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica. Consideró la Corte que no existía “una doble punición” comoquiera que la finalidad del reproche derivado de la agravante es distinta a la que justifica la penalización del homicidio o las lesiones personales. Lo que significa que se descartó la identidad de causa, en los términos que lo ha establecido la jurisprudencia, para considerar vulnerado el non bis in idem.

26. En suma, el principio del non bis in idem es una garantía que en el orden constitucional colombiano se encuentra incorporada al debido proceso. En su formulación universal significa que las personas cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular, e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se ha considerado que su fundamento se halla en la seguridad jurídica y la afirmación de la justicia material. La jurisprudencia colombiana ha extendido el alcance de este principio a la prohibición de que una persona sea objeto de múltiples sanciones, reproches o juicios sucesivos o paralelos, por los mismos hechos, ante una misma jurisdicción. Sin embargo, ha establecido que, en estos eventos, para afirmar la vulneración al non bis in idem se requiere acreditar la triple identidad de objeto, causa y persona entre dos actuaciones, por lo que si bien pueden existir sanciones concurrentes, estas no pueden presentar la señalada triple identidad. Y ha precisado que no existe identidad de causa cuando difieren la naturaleza jurídica de las sanciones, su finalidad, el bien jurídico tutelado, o la jurisdicción que impone la sanción.

El principio de presunción de inocencia, y el concepto de antecedente penal

27. La presunción de inocencia, consagrada en el inciso cuarto del artículo 29 inciso 4º de la Constitución, con la formulación “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”, se encuentra contemplada igualmente en los artículos 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁶ y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁷.

De acuerdo con la doctrina internacional⁵⁸ el principio de presunción de inocencia incorpora tres garantías: (i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la acusación mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, (ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; (iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio.

28. Sobre las dos primeras dimensiones la jurisprudencia internacional ha expresado que:

“El principio de inocencia construye una presunción en favor del acusado de un delito, según la cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. De este modo, para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable.

La presunción de inocencia se relaciona, en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable. Por el contrario, su responsabilidad reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta.

29. En relación con la tercera dimensión de este postulado el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 13, advirtió: “La presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso”.

Ha indicado la jurisprudencia internacional que se presenta una presunción de culpabilidad cuando se restringe el derecho a la libertad personal “más allá de los parámetros establecidos por la ley y los márgenes de razonabilidad con la excusa de preservar la presunta eficacia de la investigación”. Tal proceder implica un favorecimiento “a la presunción de que las personas que se encuentran detenidas como resultado de esa investigación, son culpables”⁶¹.

30. En similar sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha destacado que “mientras no se desvirtúe tal presunción a través de las formalidades propias de cada juicio, se habrá de entender que el sujeto que se encuentra sometido a juzgamiento no cometió el hecho ilícito que se le imputa. En este sentido, la presunción de inocencia es una institución jurídica de

enorme importancia para el ciudadano, en la medida que lo resguarda de posibles arbitrariedades en las actuaciones del Estado, cuando ejerce el ius puniendi⁶².

31. Ha indicado así mismo que por virtud del principio de presunción de inocencia el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia. Por el contrario, este postulado ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal hasta el fallo o veredicto definitivo sobre la responsabilidad. Exige esta garantía para ser desvirtuada, la convicción o certeza, mas allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la responsabilidad del acusado. Esto es así, porque ante la duda sobre la autoría o participación en el hecho y sobre la responsabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado⁶³.

32. De otra parte, la garantía prevista en el artículo 248 de la Constitución, según la cual “Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”, constituye una expresión del principio de presunción de inocencia, comoquiera que resultaría contrario a este postulado utilizar, con efectos adversos, la condición de imputado, procesado, o decisiones provisionales sobre la responsabilidad, en ámbitos ajenos al proceso mismo en que se surten.

33. En conclusión, el principio de presunción de inocencia está consagrado en el constitucionalismo colombiano como un derecho fundamental con arraigo expreso en la Constitución y el derecho internacional, del que se derivan importantes garantías para la persona sometida a proceso penal, como son: (i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la responsabilidad mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, (ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; (iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio. La formulación del artículo 248 de la Constitución, según la cual únicamente constituyen antecedentes penales las condenas impuestas en sentencias judiciales, en forma definitiva, configura un desarrollo de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Análisis de los cargos de inconstitucionalidad

El artículo 7º de la Ley 1453 de 2011 no vulnera el principio del non bis in idem

34. El ciudadano Julián Arturo Polo Echeverry considera que el artículo 7º de la Ley 1453 de 2011 es contrario a la prohibición de doble incriminación prevista en el artículo 29 superior comoquiera que, según su comprensión de la norma impugnada, las conductas descritas en los verbos rectores que la misma contiene (“inducir, facilitar, utilizar, constreñir o instrumentalizar a un menor de 18 años para cometer delitos, o promover dicha utilización), se encuentran sancionadas a través de la figura de la autoría mediata y de la participación delictiva – determinador.

Con base en los artículos 29 y 30 de la ley 599 de 2000, que regulan los conceptos de “autores” y “participes” de la conducta punible, concluye que el autor no solo es quien ejecuta directamente el hecho punible, sino también quien comete el ilícito utilizando a otro (autor mediato). De similar forma, al determinador se le castiga ubicándolo en la figura de la participación delictiva. De manera que, en criterio del demandante, la norma acusada penaliza una conducta que ya ha sido objeto de reproche punitivo, no solamente a través de las figuras que regulan la concurrencia de personas en el delito (autoría y participación), sino mediante otras conductas delictivas ya tipificadas como el constreñimiento ilegal (Art. 184 Cod. P.) agravado de conformidad con el 185 ib.

35. El artículo 7º de la Ley 1453 de 2011, introduce un nuevo tipo penal (188d) dentro del capítulo quinto del Título III del Código Penal, el cual tiene el propósito de proteger el bien jurídico de la autonomía personal. La nueva disposición erige en conducta delictiva autónoma el “Uso de menores de edad en la comisión de delitos”. Incurrir en esta conducta quien “induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas”. El consentimiento del menor no es considerado causal de exoneración de responsabilidad penal.

Contempla la norma algunas causales específicas de agravación de la pena en una proporción de una tercera parte a la mitad, cuando:

1. Se trate de menor de 14 años de edad
2. La víctima resulte afectada física o síquicamente, o con inmadurez mental, o trastorno

mental, en forma temporal o permanente.

3. El responsable sea pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil del niño, niña o adolescente.

4. El autor o partícipe sea un funcionario que preste servicios de salud o profesionales de la salud, servicio doméstico y guarderías.

5. El autor o partícipe sea una persona que tenga como función la protección y atención integral del niño, la niña o adolescente.

Lo que quiere decir que el legislador penalizó de manera autónoma las conductas consistentes en: (i) inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar, de manera directa, a un menor de 18 años con el propósito de cometer delitos; (ii) promover el que otros realicen esas conductas relacionadas con los menores de edad; (iii) o participar de cualquier modo en las mismas. En relación con esos comportamientos estatuyó circunstancias de agravación punitiva fundadas en la edad, los efectos de la conducta sobre la víctima, el grado de parentesco con el menor, o la función o el cargo que desempeñe el agente. Para cualquiera de estas modalidades delictivas estableció una pena que oscila entre los 10 y los 20 años de prisión.

Así mismo, tiene el carácter de partícipe en el hecho punible el determinador, es decir, quien induce a otro a realizar la conducta antijurídica, quedando sometido igualmente a la pena prevista para la infracción. Participa de esta misma clasificación el cómplice quien presta una cooperación dolosa a la realización de la conducta antijurídica, quedando por ello sujeto a la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

37. Para el demandante las acciones consistentes en inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover, instrumentalizar o participar de cualquier modo, utilizadas por el legislador en la configuración del tipo penal de "Uso de menores de edad en la comisión de delitos" , ya se encontrarían incorporadas en las figuras de la autoría mediata, que como se indicó consiste en realizar el tipo penal valiéndose de otra persona quien actúa como instrumento, o en la participación criminal, en virtud de la cual el agente realiza un aporte doloso en el injusto doloso de otro. Según el punto de vista del actor, el legislador estaría criminalizando doblemente un mismo comportamiento, lo que conduciría a la infracción del artículo 29 de la

Constitución, en particular de la garantía que prohíbe someter a una persona a una doble incriminación o non bis in idem.

38. Frente a esta censura reitera la Corte la importancia que reviste en el marco de un derecho penal democrático el principio del non bis in idem como garantía del principio de seguridad jurídica en materia penal, afirmación de la justicia material en este ámbito, y proscripción de manifestaciones de ensañamiento punitivo, incompatibles con un derecho penal cimentado sobre el principio de dignidad humana. Reitera así mismo el efecto vinculante que tiene para el legislador la prohibición de doble incriminación. No obstante, advierte que, contrario a lo expresado por el ciudadano Polo Echeverri en su demanda, no se presenta vulneración de la mencionada garantía comoquiera que no concurre la triple identidad que, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, debe concurrir para que una regulación legal se considere trasgresora de dicha prohibición.

39. De acuerdo con el marco teórico establecido en esta sentencia (fundamentos jurídicos 18 a 29) para afirmar la vulneración al non bis in idem, en el evento de prohibiciones o sanciones concurrentes, se requiere acreditar la triple identidad de objeto, causa y persona entre dos actuaciones, o configuraciones normativas. Esta triple identidad no se presenta entre las dos regulaciones a que hace referencia el actor, para sostener la doble incriminación de una misma conducta.

39.1. No se presenta identidad de objeto, comoquiera que las conductas alternativas previstas en el artículo 7° de la ley acusada (inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover, instrumentalizar) a través de las cuales se describe la utilización de un menor de edad para la comisión de delitos, difiere sustancialmente de la hipótesis delictiva que se estructura cuando un autor mediato se vale de un menor para cometer un delito. De la configuración normativa de los artículos 2964 y 3065 del Código Penal no se deriva de manera autónoma una conducta delictiva, ni una sanción. Se trata de institutos denominados por la doctrina especializada “dispositivos amplificadores del tipo⁶⁶” cuya aplicación debe estar necesariamente referida a un determinado tipo penal. Así ocurre por ejemplo con los injustos punibles de matar valiéndose de un menor de edad (Arts. 29 y 103); traficar con estupefacientes utilizando a un menor de edad (Arts. 29 y 376); realizar actos terroristas a través de un menor de edad (Arts. 29 y 343), etc. Estas conductas delictivas presentan un alcance mayor a la sola utilización del menor, lo cual descarta el requisito de la identidad de

objeto.

Mediante el tipo penal adicionado al estatuto punitivo por el artículo 7° de la Ley 1453 de 2011, el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, erigió de manera autónoma en tipo penal un comportamiento (“uso de un menor para cometer delitos”) que antes de la reforma que se cuestiona parcialmente, sólo era punible, bajo este esquema de imputación, en aquellos eventos en que el ilícito fin, aquel para el cual se utilizaba al menor de edad, alcanzaba al menos el grado de tentativa⁶⁷.

39.2. Tampoco concurre identidad de causa, en los términos en que lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corte, toda vez que a través de las configuraciones normativas a las que hace referencia el actor para estructurar el cargo por presunta vulneración del non bis in idem, se protegen bienes jurídicos distintos. La norma que penaliza de manera autónoma el uso de menores de edad para la comisión de delitos ampara el bien jurídico de la autonomía individual de los menores de edad, en tanto que a través de los tipos penales realizados por actores mediatos, determinadores, o instigadores que se valen de menores de edad para la comisión del delito, se protegen diversos bienes jurídicos como la vida en el caso del homicidio, el patrimonio económico en el de la estafa; la salud pública cuando los menores son usados para traficar con estupefacientes; la seguridad pública cuando se le involucra en actos terroristas, etc.

39.3. La única identidad que se presenta es en relación con la persona a la cual se dirige la imputación. A partir de la norma acusada, a una misma persona se puede formular reproche por la instrumentalización de un infante o adolescente para la comisión de un ilícito, y simultáneamente se le puede reprochar la afectación del bien jurídico que se protege con éste. Esto sin embargo, no entraña quebrantamiento a la garantía de la prohibición de doble incriminación por parte del legislador, toda vez que se trata de valoraciones que recaen sobre conductas que presentan diferentes contenidos y alcances, y que cumplen el cometido de proteger bienes jurídicos diferentes. No se trata en consecuencia, del mismo reproche, sobre una misma conducta y en relación con una misma persona.

40. A partir de las consideraciones precedentes encuentra la Corte que el legislador, en desarrollo de su potestad de configuración normativa en materia penal, erigió en tipo penal autónomo el uso de menores para la comisión de delitos, conducta punible que puede

presentarse de manera independiente, o en concurrencia con el ilícito fin para el cual ha sido instrumentalizado el menor de edad. Esta opción legislativa, representa sin duda un endurecimiento de la política penal para enfrentar la criminalidad que apela al uso de menores de edad, pero de ello no se deriva su inconstitucionalidad. Como lo ha indicado la Corte en previas oportunidades “si la decisión del legislador de tipificar conductas punibles se estima equivocada por reflejar una política criminal que no se comparte, tal divergencia de criterio es irrelevante para efectos de cuestionar la legitimidad constitucional de esas disposiciones”⁶⁸.

41. El artículo 7° de la Ley 1453 de 2011 plasma una configuración normativa que desarrolla un mandato constitucional consistente en la protección de los niños y niñas “contra toda forma de (...) violencia física o moral” (Art. 44 C.P.). La penalización autónoma de la instrumentalización de un menor de edad para la comisión de delitos protege valores constitucionales importantes como la autonomía y la dignidad de los menores de edad respecto de los cuales el Estado tiene la obligación, en concurrencia con la sociedad y la familia, de asistir y proteger para “garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de sus derechos”.

42. Ya en el terreno de la labor de adecuación típica, y dada la multiplicidad de manifestaciones delictivas que se pueden presentar en el mundo real, el operador jurídico se puede encontrar ante múltiples y variadas situaciones que involucran concurrencia de tipos penales, para las cuales el derecho penal establece ciertas técnicas orientadas a racionalizar la reacción punitiva, y a resolver eventuales conflictos de aplicación normativa. Por ejemplo, una persona puede realizar una conducta que encaje dentro de dos o más tipos penales diversos, o realizar uno o varios comportamientos que encuadran en varios tipos diferentes entre sí o varias veces en uno solo de ellos. Esto es, lo que la ciencia penal denomina “concurso de hechos punibles”⁶⁹, el cual puede ser ideal o formal cuando un mismo comportamiento humano se subsume simultáneamente en dos o más tipos penales que no se excluyen entre sí; o real o material cuando una o varias acciones u omisiones realizadas por el mismo agente con finalidades diversas producen una pluralidad de violaciones jurídicas y, por lo mismo, encuadran en varios tipos penales, o varias veces en el mismo tipo⁷⁰.

43. Es en el plano de la aplicación de la ley que cobra una mayor relevancia el principio del

non bis in idem. Para solventar las dificultades que se pueden presentar al operador jurídico para la realización de una correcta adecuación típica de la conducta, frente a eventos como los denominados concursos aparentes de tipos penales o de normas penales⁷¹, la doctrina ha desarrollado algunos principios interpretativos que facilitan al administrador de justicia la forma como debe proceder. Estos son: el principio de especialidad⁷², el de subsidiariedad⁷³, el de consunción⁷⁴ y el de alternatividad⁷⁵.

44. Frente a la censura relativa a que la tipificación autónoma del delito de uso de menores de edad en la norma acusada, vulnera el non bis in idem, comoquiera que ya existe un tipo penal de constreñimiento para delinquir agravado cuando se comete sobre menor de 18 años (Arts. 184 y 185 Cod. P)⁷⁶. Encuentra la Sala que en relación con esta hipótesis tampoco se presenta la triple identidad a que se viene haciendo referencia (persona, objeto y causa). Aunque se trata de tipificaciones establecidas para proteger el bien jurídico de la autonomía personal, son conductas que presentan configuraciones de muy diverso alcance. Mientras que en la nueva disposición, que corresponde al artículo 188 D del Código Penal, se reprocha el acto de usar al menor de edad a través de la inducción, el facilitamiento, la utilización, el constreñimiento, la promoción o apelando a cualquier otra forma de instrumentalización para cometer delitos; en el tipo penal de constreñimiento para delinquir (184), agravado “cuando la conducta se realice respecto de menores de 18 años” (185), se censura el solo constreñimiento, “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”.

Tal como lo destacó esta Corporación en la sentencia C-133 de 1999, frente a una acusación contra el artículo 277 del Decreto 100 de 1980 que tipificaba el constreñimiento para delinquir en términos similares al artículo 184 vigente, de la expresión “siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor” se deduce la configuración de un tipo penal subsidiario⁷⁷ puesto que se supedita la aplicación del tipo penal que en él se consagra, a que los hechos allí descritos no lo estén en otro tipo penal o no estén sancionados en otra disposición con pena mayor. Esto significa, que la conducta no será sancionada en principio por este tipo, de carácter subsidiario, en la medida en que pueda adecuarse a otra disposición en que se sancione con pena mayor. La introducción de este dispositivo normativo, de hecho desvirtúa el cargo por presunta violación del non bis in idem, toda vez que el legislador de manera explícita hace una remisión abstracta a otro tipo penal más gravoso, descartando así el doble reproche que aduce el actor.

45. En conclusión, la tipificación autónoma del delito de “uso de menores de edad para la comisión de delitos”, prevista en el artículo 7° de la Ley 1453 de 2011, no vulnera el principio del non bis in idem, como consecuencia de la existencia de normas generales que prevén dispositivos como la autoría mediata y la participación delictiva. No se presenta una identidad de objeto, causa y persona entre el delito previsto en el artículo 7° de la Ley 1453, y el hecho punible que se impute mediante las figuras de la autoría mediata, o cualquiera de las modalidades de participación de menores de edad en la conducta delictiva. Una y otra entidad delictiva presenta diversidad en la conducta y en el bien jurídico tutelado (causa). La penalización autónoma del uso de menores de edad con fines delictivos, representa una decisión de política criminal que desarrolla importantes fines constitucionales como es la protección a los niños y adolescentes de toda forma de violencia física o moral (Art. 44 C.P.). La creación de este tipo penal puede dar lugar al fenómeno del concurso de delitos (ideal o material), respecto de los cuales el legislador ha establecido mecanismo de racionalización de la respuesta punitiva (Art. 31 Cod. P). De cualquier modo, frente a concurso aparente de normas o tipos penales, el operador jurídico, en el ámbito de su autonomía, cuenta con herramientas interpretativas como los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad, cuyo cometido es enfrentar, en el plano judicial, eventuales riesgos de vulneración del non bis in idem.

La expresión “objetos peligrosos” del inciso 5° del artículo 10 de la Ley 1453 de 2011 no vulnera el principio de estricta legalidad penal

46. Estima el demandante que el aparte demandado del inciso 5° del artículo 10 de la Ley 1453, vulnera el artículo 29 de la Constitución, debido a la ambigüedad e indeterminación de la expresión “u objetos peligrosos.” Asevera que le corresponde al operador judicial y a la policía determinar el carácter peligroso de un objeto, en un “juicio post y no previamente definido como lo exige la norma constitucional al considerar que nadie puede ser juzgado sino conforme a la ley preexistente al acto que se le imputa”. El legislador, sostiene, no suministra elementos que permitan a los destinatarios de la norma conocer qué objetos son considerados peligrosos y por ende sujetos a la prohibición de ser portados al ingresar a un escenario deportivo o cultural.

Breve referencia al alcance de la norma:

47. Para abordar el estudio de esta acusación es preciso hacer una breve referencia al alcance del precepto en el que se inserta la expresión acusada. El texto completo de la norma es el siguiente:

ARTÍCULO 10. El artículo 359 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 359. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. El que emplee, envíe, remita o lance contra persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierto al público, sustancia u objeto de los mencionados en el artículo precedente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses, siempre que la conducta no constituya otro delito.

Si la conducta se comete al interior de un escenario deportivo o cultural, además se incurrirá en multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en prohibición de acudir al escenario cultural o deportivo por un periodo entre seis (6) meses, y tres (3) años.

La pena será de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa de ciento treinta y cuatro (134) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la conducta se realice con fines terroristas o en contra de miembros de la fuerza pública.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el objeto lanzado corresponda a artefactos explosivos, elementos incendiarios, o sustancias químicas que pongan en riesgo la vida, la integridad personal o los bienes.

El que porte o ingrese armas blancas u objetos peligrosos al interior de un escenario deportivo o cultural incurrirá en multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y prohibición de acudir al escenario deportivo o cultural de seis (6) meses a tres (3) años.

Lo primero que debe señalarse es que la disposición parcialmente acusada forma parte de una estrategia legislativa orientada a estructurar una reforma de amplias proporciones al sistema penal, conocida como "ley de seguridad ciudadana". Introduce modificaciones al Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, a la regulación sobre extinción de dominio, y se dictan otras disposiciones. Los objetivos que se

expresaron por parte del Gobierno y la Fiscalía General de la Nación, como titulares de la iniciativa, legislativa fueron: (i) eliminar la impunidad; luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; (iii) aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil; y (iv) vincular a la comunidad a la prevención del delito, sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus derechos fundamentales⁷⁸.

47.1. El artículo 10 de la Ley 1453 de 2011, parcialmente acusado, modificó el precepto 359 del Código Penal denominado “Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos”, el cual forma parte del título XIII del Código Penal que aglutina los delitos contra la seguridad pública, y a su vez, del capítulo segundo de ese apartado, referido a los “delitos de peligro común o que pueda ocasionar grave perjuicio para la comunidad”. Esta norma penaliza a quien “Emplee, envíe, remita o lance contra persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierto al público, sustancia u objeto” de los mencionados en el “artículo precedente”, es decir, en el 358 del Código Penal⁷⁹, estableciendo para estas conductas una pena de 16 a 90 meses de prisión, siempre que el comportamiento no constituya otro delito. El artículo 358, al que remite el 359, tipifica la “La tenencia, fabricación y tráfico de sustancias peligrosas” considerando tales la “sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear considerado como tal por los tratados internacionales ratificados por Colombia o disposiciones vigentes.”

47.2. La reforma introducida por el artículo 10 de la Ley 1453 de 2011, al artículo 359 del Código Penal, proyecta modificaciones en varios aspectos:

(i) Aunque mantuvo las conductas que integran el tipo penal básico (inciso primero), incrementó la pena, pasando de una sanción que oscila entre 1 y 5 años, a una que va de 16 a 90 meses.

(ii) Introdujo en el inciso segundo un nuevo precepto según el cual “Si la conducta se comete al interior de un escenario deportivo o cultural”, además de la pena de prisión se incurrirá en multa de 5 a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y en prohibición de acudir al escenario cultural o deportivo correspondiente por un período entre 6 meses y 3 años.

(iii) Estableció un incremento de la pena - de 80 a 180 meses de prisión- y multa de 134 a 750 salarios mínimos legales vigentes, cuando la conducta se realice con fines terroristas o

en contra miembros de la fuerza pública.

(iv) Estipuló un incremento punitivo – de una tercera parte a la mitad- cuando el objeto lanzado corresponda a artefactos explosivos, elementos incendiarios, o sustancias químicas que pongan en riesgo la vida, la integridad personal, o los bienes.

(v) Finalmente adicionó un inciso (5°) en el que creó una conducta no prevista en la norma modificada, consistente en “El que porte o ingrese armas blancas u objetos peligrosos al interior de un escenario deportivo o cultural incurrirá en multa de cinco a (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y prohibición de acudir al escenario deportivo o cultural de seis (6) meses a tres (3) años.

47.3. La expresión acusada “u objetos peligrosos” forma parte de este último inciso, en el que se sanciona con multa – de 5 a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes- , y prohibición de ingreso al escenario deportivo o cultural de que se trate -de 6 meses a 3 años-, las siguientes conductas: (i) portar o ingresar armas blancas a un escenario deportivo o cultural, y (ii) portar e ingresar “objetos peligrosos” a un escenario deportivo o cultural.

Precisa la Corte, que el inciso quinto del artículo 359 del Código Penal, en su formulación adicionada por el artículo 10 de la Ley 1453 de 2011, creó un nuevo tipo penal, que si bien está determinado por el sentido que le da el contexto establecido en la norma de la cual forma parte, es un tipo penal autónomo, comoquiera que prevé en su diseño tanto el sujeto (el que), como la conducta y la consecuencia punitiva. No se encuentra supeditado, en orden a la configuración de ninguno de estos elementos estructurales, al tipo básico previsto en el inciso primero del precepto.

En efecto, la prohibición prevista en el inciso quinto del artículo 359, tiene como destinatario a cualquier individuo que porte o ingrese armas blancas⁸⁰ u objetos peligrosos al interior de un escenario deportivo o cultural. Quien incurra en un comportamiento que se pueda adecuar a tal descripción quedará sometido a una pena de multa que oscila entre 5 y 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la prohibición de acudir al escenario deportivo o cultural durante un período que va de 6 meses a 3 años.

Se trata de un tipo penal con un menor grado de lesividad al previsto en el inciso primero de la norma; este demanda una conducta más nociva que amenaza o afecta una pluralidad de

bienes jurídicos por cuanto además de la seguridad pública se puede ver comprometida la integridad de las personas, los bienes ajenos y la tranquilidad pública. El diferente grado de lesividad de una y otra configuración justifica que se hubiere previsto para el solo porte o ingreso de armas blancas u objetos peligrosos al escenario deportivo o cultural una sanción autónoma, no privativa de la libertad. Obsérvese que si la conducta más nociva del tipo básico (emplear, enviar, remitir, o lanzar sustancia u objetos peligrosos) se comete al interior del escenario deportivo o cultural, la adecuación se deberá efectuar al tenor del inciso 2º de la norma que impone para tal proceder la pena privativa de la libertad del inciso primero, concurrente con multa y prohibición de ingreso al sitio deportivo o cultural.

48. En cuanto al reparo del demandante en el sentido que la expresión u objeto peligroso previsto en el inciso quinto introduce un factor de ambigüedad e incertidumbre sobre el alcance de la prohibición, circunstancia que lo haría incompatible con el principio de estricta legalidad que rige el derecho penal, advierte la Corte que no asiste razón al demandante comoquiera que a pesar de tratarse de un tipo penal de remisión, sí permite al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada.

En efecto, el inciso parcialmente acusado forma parte del artículo 359 del Código Penal el cual se denomina “Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos”. Para la determinación del concepto objetos peligrosos, el inciso primero de la mencionada disposición remite al artículo 358 del Código Penal que contempla el delito de “Tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos”. En este precepto se prevén una serie de prohibiciones que recaen sobre “sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear considerado como tal por los tratados internacionales ratificados por Colombia o disposiciones vigentes”.

De manera que sustancia u objeto peligroso, para los efectos previstos en el artículo 359 del Código Penal es toda sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear considerado como tal por los tratados internacionales ratificados por Colombia o disposiciones vigentes. Esta expresión debe ser precisada a partir del sentido que le provee su ubicación dentro del capítulo de los “Delitos de peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad”, y dentro del título que agrupa los “Delitos contra la seguridad pública”. No es novedoso sostener que las denominaciones de los capítulos y títulos del código penal, no cumplen simplemente una labor de ordenación sino que

contribuyen a dar sentido a las prohibiciones, al punto que constituyen un valioso parámetro para determinar la antijuridicidad material de las conductas, es decir su verdadera idoneidad para configurar una acción socialmente dañosa, y por ende merecedora de reproche penal.

49. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, órgano que cumple la función de intérprete autorizado de la ley penal, con efecto unificador, ha reconocido que si bien la expresión contenida en el artículo 358 del Código Penal, a la cual remite el artículo 359 *ibídem*, presenta un cierto grado de indeterminación, al efectuar una labor de concreción ha sostenido que para efectos de la aplicación de los tipos penales contenidos en los artículos 358 y 359, sustancia u objeto peligrosa(o) es aquella(o) que afecta tanto el medio ambiente como fatalmente al ser humano. En esta medida un objeto o una sustancia que al hacer explosión produce efectos negativos al medio ambiente y fatales en el ser humano, debe precisarse, se encuentra dentro de esta categoría⁸¹.

Al respecto señaló:

Las anteriores reflexiones se afianzan al consultar la Gaceta del Congreso No. 432 del jueves 11 de noviembre de 1999, en la que se consignó: “LA PONENCIA PARA PRIMER DEBATE Y PLIEGO DE MODIFICACIONES DEL PROYECTO DE LEY 238 DE 1999 CÁMARA, 40 DE 1998 SENADO, en relación con el artículo 345 atinente a la “Tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos” la siguiente afirmación: “FUNDAMENTO: Se corrigen algunos errores ortográficos observados en el texto y se retoma la redacción del artículo 197 de la Ley 491 de 1999, en tanto que es más universal, pues incluye los conceptos de sustancias, desechos o residuos peligrosos, términos con los cuales se puede incluir cualquier sustancia que pueda ser considerada [nociva] para el ambiente y el ser humano.”⁸³

50. Como criterio orientador para su interpretación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁸⁴ ha recurrido a las pautas establecidas por la Organización de las Naciones Unidas a fin de determinar cuándo una sustancia es peligrosa⁸⁵. Lo propio ha sucedido con la Directiva 67/548/CEE del Consejo de Europa dictada el 27 de junio de 1967, que sigue las reglas de la Organización de las Naciones Unidas. Acudiendo a tales parámetros para ilustrar su interpretación afirmó:

“Siendo así, las Naciones Unidas, han determinado 9 clases de sustancias u objetos peligrosos: Clase 1: explosivos; clase 2: gases; clase 3: líquidos inflamables; clase 4: sólidos

inflamables; clase 5: sustancias combustibles y peróxidos orgánicos; clase 6: sustancias tóxicas (venenosas) e infecciosas; clase 7: materiales radioactivos; clase 8: corrosivos; y, clase 9: mercancías peligrosas diversas.

Ahora bien, con la Directiva 67/548/CEE del Consejo de Europa del 27 de junio de 1967, que sigue las reglas de la Organización de las Naciones Unidas, de cuyo tenor se desprende:

a.- Sustancias: Los elementos químicos y sus compuestos tal como se presentan en estado natural o como los produce la industria;

b.- Preparaciones: Las mezclas o soluciones compuestas de dos o más sustancias;

2.- Son peligrosas a efecto de la presente Directiva las sustancias y preparaciones:

a.- Explosivas: Sustancias y preparaciones que puedan explotar por efecto de una llama o que sean más sensibles a los golpes o rozamientos que el dinitrobenzeno;

b.- Comburentes: sustancias y preparaciones que en contacto con otras sustancias, especialmente con sustancias inflamables, tengan una fuerte reacción exotérmica;

c.- Fácilmente inflamables: Sustancias y preparaciones que puedan calentarse y finalmente inflamarse en el aire, a temperatura normal, sin aporte de energía o sólidas, que puedan inflamarse fácilmente por la breve acción de una fuente de inflamación y que sigan quemándose o consumiéndose después de alejarse a fuente de inflamación, o en estado líquido cuyo punto de inflamación esté por debajo de los 21° C, o gaseosas que sean inflamables con el aire a una presión normal, o que, en contacto con el agua o el aire húmedo, desprenda gases fácilmente inflamables en cantidades peligrosas;

d.- Inflamables: Sustancias y preparaciones líquidas cuyo punto de inflamación se situé entre los 21° C y 55° C;

e.- Tóxicas: Sustancias y preparaciones que por inhalación, ingestión o penetración cutánea, puedan ocasionar daños graves, agudos o crónicos e incluso la muerte:

f.- Nocivas: Sustancias y preparaciones que por inhalación, ingestión o penetración cutánea, puedan ocasionar daños de gravedad limitada;

g.- Corrosivas: Sustancias y preparaciones que en contacto con tejidos vivos pueden destruirlos;

h.- Irritantes: Sustancias y preparaciones no corrosivas pero que, por contacto inmediato, prolongado o repetido con la piel o las mucosas puedan provocar una reacción inflamatoria.⁸⁶

51. De este modo, de acuerdo con la interpretación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la expresión sustancia u objeto peligroso para los efectos previstos en los artículos 358 y 359 del Código Penal incluye, de manera general, aquellos que revisten idoneidad para afectar el medio ambiente y la integridad del ser humano. No obstante, para precisar el alcance del concepto frente a una situación concreta, estimó válido acudir a las clasificaciones y directivas que sobre la materia han efectuado la Organización de las Naciones Unidas y el Consejo Europeo.

52. La jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado, dentro de ciertos límites, “la existencia de tipos penales en blanco y el uso de conceptos jurídicos indeterminados, pues la determinación de conductas sólo es exigible hasta donde lo permite la naturaleza de las cosas”⁸⁷. Ello implica que cuando la variada forma de conductas que presenta la realidad hace imposible la descripción detallada de comportamientos, no existe violación a este principio cuando el legislador señala únicamente los elementos básicos para delimitar la prohibición, siempre y cuando sea posible determinar con precisión, a partir de referentes objetivos, el alcance de la prohibición. Su correcto empleo busca habilitar al juez para adoptar decisiones ajustadas a circunstancias o condiciones específicas que presente cada caso en concreto, que no pueden ser anticipadas plenamente por la ley, pero que deban ser tenidas en cuenta para que la medida tomada responda mejor a los criterios de justicia material que la Constitución contempla.

53. En el asunto bajo análisis observa la Corte que si bien la expresión u objeto peligroso demandada presenta un cierto grado de indeterminación, es posible precisar su sentido y darle concreción, tal como lo ha hecho la jurisprudencia especializada, con apoyo en referentes objetivos y verificables. No obstante, a los efectos de que el margen de interpretación que el concepto jurídico indeterminado permite al operador judicial no se

convierta en una excusa para la arbitrariedad, es preciso que a la interpretación racional y razonable de la norma se incorporen los fines para los cuales fue establecida.

Así las cosas, de acuerdo con el inciso quinto del artículo 359 del Código Penal, tal como fue modificado por el 7º de la Ley 1453 de 2011, será sancionable el ingreso de armas blancas u objetos peligrosos a un escenario deportivo y cultural, siempre que se trate de una conducta que, analizada en concreto, represente un peligro común, y por ende entrañe amenaza a la seguridad pública, o revista idoneidad para ocasionar grave perjuicio a la comunidad.

La expresión “de nueve (9) a doce (12) años” y “la pena anteriormente dispuesta se duplicará” del artículo 19 de la Ley 1453 no vulnera el artículo 2º de la Constitución

54. En criterio del actor, el establecimiento de una pena de entre 9 y 12 años de prisión, para el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, así como la posibilidad de que sea duplicada cuando concorra alguna de las circunstancias específicas de agravación punitiva que contempla la norma⁸⁸, quebranta el orden justo consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política.

Sustenta su censura en que no es razonable ni proporcional que se le conceda a un tipo penal que protege un bien jurídico abstracto como es la seguridad pública una mayor relevancia punitiva que a otros delitos que salvaguardan la vida, la integridad de las personas y la libertad sexual.

55. En procura de demostrar el cargo el demandante presenta un cuadro comparativo de las penas establecidas para los delitos de homicidio simple, homicidio culposo, lesiones personales dolosas con deformidad física transitoria, lesiones personales dolosas con deformidad física permanente, lesiones personales dolosas con perturbación funcional transitoria, lesiones personales dolosas con perturbación funcional permanente, tortura, desplazamiento forzado, acto sexual con menor de 14 años, acto sexual violento, acceso carnal violento, secuestro, pena alternativa del artículo 29 de la Ley 975 de 2005, y la prevista en la norma acusada para la fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes y municiones.

A partir de ese ejercicio de contraste de las penas sostiene que “la sanción establecida por

el legislador en la norma demandada, constituye un desafío a la razonabilidad y proporcionalidad y difícilmente la sociedad puede entender cómo importar, traficar, fabricar, transportar, almacenar distribuir, vender, suministrar, reparar, portar o tener en un lugar armas de fuego de defensa personal, resulta ser más grave y dañoso que intentar dar muerte a una persona, lesionar de manera dolosa a otra persona, realizar actos sexuales con menores de 14 años, incluso ejecutar una violación”.

Adicionalmente, expone el ciudadano demandante que el incremento de las penas previsto en el artículo 19 de la ley 1453, afecta al orden justo comoquiera que “cuando en Colombia se instituyó la pena alternativa a grupos al margen de la ley desmovilizados, las cuales incluye (sic) delitos contra la vida e integridad personal al igual que contra la libertad sexual e individual, sin importar su número y que dicha pena oscile entre cinco (5) y ocho (8) años, como entender que la sanción demandada no sea contraria a los fines esenciales del Estado”.

56. Para responder a este cargo la Corte reitera su consolidada jurisprudencia en el sentido que la selección de los bienes jurídicos que merecen tutela penal, así como la configuración de la pena abstracta a imponer por la realización de una conducta delictiva es “un asunto librado a la definición legal y cuya relevancia constitucional es manifiesta únicamente cuando el legislador incurre en un exceso punitivo del tipo proscrito por la Constitución”⁸⁹.

57. De manera muy excepcional, la Corte ha corregido excesos punitivos que intervienen de manera desproporcionada el bien jurídico de la libertad frente a afectaciones menos significativas de bienes jurídicos. Así por ejemplo consideró que mantener como circunstancia genérica de agravación punitiva de los delitos contra el patrimonio económico una cuantía que superara los cien mil pesos, implicaba una progresiva y ascendente agravación punitiva para estos delitos en desmedro de la libertad personal, sin ley previa que modificara la política criminal, por efecto exclusivo del fenómeno de pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana, y pese a la reducida lesión de los bienes tutelados, era irrazonable y vulneraba el principio de proporcionalidad entre la ofensa y la sanción.

Respetando la intención del legislador histórico de 1980 cuando acogió la circunstancia de agravación por razón de la cuantía del bien para los delitos contra el patrimonio económico, la Corte, ante la omisión del legislador, corrigió el desfase que se presentaba entre la

gravedad de la conducta y la intensidad de la pena trayendo a valor presente los cien mil pesos del año 1980, mediante la conversión de la cuantía a “salarios mínimos”, fórmula que ya venía siendo usada por el legislador como factor para la determinación de la cuantía del bien jurídico tutelado (C-070/96).

58. En el presente caso, el actor pretende que la Corte sustituya al legislador en la valoración del bien jurídico de la seguridad pública y le asigne una pena que, según su criterio personal, debería ser inferior a la establecida para algunos de los delitos que afectan otros bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la libertad sexual y la libertad individual. El ciudadano opone así su propia y personal concepción de lo que debería ser la política criminal en materia de seguridad pública, a la plasmada por el legislador de 2011 en la configuración del tipo penal que cuestiona. Este planteamiento resulta insuficiente para demostrar un exceso en el ejercicio de la potestad punitiva por parte del legislador, toda vez que “la verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces”⁹⁰.

59. El actor no efectúa una valoración interna relativa a los elementos objetivos y subjetivos de configuración normativa que acusa, que involucre además la relevancia constitucional del bien jurídico tutelado, ni cuestiona la idoneidad del medio para la protección de la seguridad ciudadana, como tampoco la falta de necesidad de intervención penal en el supuesto de hecho que la norma prevé. Su censura se centra en una panorámica comparativa de diferentes tipos penales para cuales el legislador ha establecido diversos grados en la reacción punitiva. Al respecto, reitera la Corte que “La mera comparación entre las penas señaladas por el legislador para unos delitos y las dispuestas para la sanción de otros, por sí sola, no basta para fundar la supuesta infracción de la Constitución por el desconocimiento del principio de proporcionalidad (C-213 de 1994). Para concluir en la inconstitucionalidad de una pena por exceso, el tratamiento punitivo de unos y otros delitos debe ser tan manifiestamente desigual e irrazonable que, además de la clara desproporción que arroja la comparación entre las normas penales, se vulneren los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio de la política criminal”⁹¹.

60. La acusación se limita a manifestar su opinión acerca de la menor entidad que presenta

el interés jurídico de la seguridad pública, por su carácter abstracto, frente a otros valores jurídicos como la vida y la integridad personal, sin consideración a los desarrollos jurisprudenciales relativos al efecto preventivo y protector que sobre estos últimos pueden tener prohibiciones como la que la norma acusada prevé. Al respecto se destacan algunas consideraciones de esta corporación sobre el particular, que conservan plena vigencia sobre esta problemática:

“La restricción del porte de armas y la penalización de quienes no se sometan a las regulaciones estatales son entonces un medio del cual se vale el Estado para proteger los derechos de las personas. La razón de ser de un Estado no sólo está en buscar medidas represivas al momento de cometerse un daño, sino en evitar que se profiera el mismo. Así, el control estatal de las armas constituye un marco jurídico de prevención al daño. En Colombia no existe ningún derecho constitucional de las personas a adquirir y portar armas de defensa personal. Un tal derecho no aparece expresamente en ninguna parte del texto constitucional, y sería un exabrupto hermenéutico considerar que se trata de alguno de los derechos innominados que son inherentes a la persona humana (CP art. 94), cuando todos los principios y valores constitucionales se orientan en el sentido de fortalecer el monopolio de las armas en el Estado, como condición de la convivencia pacífica y democrática. En efecto, la Constitución de 1991 estableció un riguroso monopolio de las armas en el Estado, principio que legitima aún más la constitucionalidad del tipo penal impugnado.

La penalización de la fabricación, comercio y porte de armas sin permiso de autoridad competente, corresponde a una política de Estado adecuada para proteger la vida de los ciudadanos, la cual encuentra perfecto sustento constitucional. En el caso Colombiano, por las condiciones que atraviesa nuestra sociedad, el control a la tenencia de armas resulta indispensable para el sostenimiento de la seguridad pública y la realización efectiva de los derechos de las personas⁹²”.

61. Incurre incluso el demandante en el desacierto de comparar las penas establecidas por el legislador en la disposición acusada, con la prevista en la Ley 975 de 2005 para los miembros de grupos armados al margen de la ley que se desmovilizaran, se sometieran a la justicia y dieran satisfacción a los derechos de las víctimas. No es adecuado pretender demostrar la irrazonabilidad de una decisión legislativa, comparando un precepto que se expidió en el marco de una reforma que se inserta dentro de la política criminal ordinaria del

Estado, con el propósito de fortalecer los instrumentos de lucha para salvaguardar la seguridad ciudadana, con otra preceptiva elaborada con propósitos muy diversos, dentro de un proceso de justicia transicional, en procura del afianzamiento de la paz.

62. Por las consideraciones precedentes la Corte declarará la exequibilidad, por el cargo analizado, de la expresión “de nueve (9) a doce (12) años” contenida en el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011, precepto que modificó el 365 del Código Penal.

63. En lo que concierne al cargo formulado contra la expresión “la pena anteriormente dispuesta se duplicará” contenida en el mismo precepto, la Corte se inhibirá para emitir un pronunciamiento de fondo, comoquiera que el demandante no aportó ninguna razón orientada a demostrar por qué resultaba desproporcionado e irrazonable tal incremento punitivo, respecto de cada uno de los siete supuestos de hecho que configuran las circunstancias específicas de agravación punitiva del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego. Existe respecto de este aspecto de la censura una total ausencia de motivación, en contravención de las exigencias previstas en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991.

La expresión “el hecho de estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento” del artículo 65 de la Ley 1453 vulnera el principio de presunción de inocencia

64. El artículo 65 de la Ley 1453 de 2011, modificó el 310 del Código de Procedimiento Penal, norma esta que a su vez había sido modificada por el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007. El precepto parcialmente acusado, regula los criterios que el juez debe valorar a efecto de determinar si una persona representa peligro para la comunidad, como un elemento más del juicio que debe efectuar para decretar una medida de aseguramiento, de conformidad con las previsiones del artículo 308 de ese mismo estatuto.

El texto de la norma en que se inserta la expresión acusada es el siguiente:

Artículo 310,- Modificado Ley 1142 de 2007, artículo 24, y por la Ley 1453 de 2011, artículo 65. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva⁹³. Sin embargo, de

acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.”

65. De acuerdo con el planteamiento del demandante la expresión acusada del numeral 3º del artículo 65 de la ley 1453, vulnera el artículo 29 de la Constitución, comoquiera que catalogar como peligrosa a una persona que se encuentre acusada o sujeta a medida de aseguramiento, implica considerarla culpable de los cargos que se le imputan, con lo cual se quebranta el principio de presunción de inocencia.

66. Observa la Corte que según la disposición cuestionada, para estimar si la libertad del acusado resulta peligrosa para la comunidad se le exige al juez valorar con prioridad la gravedad y modalidad de la conducta punible, y los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, le autoriza, adicionalmente y de acuerdo con el caso, considerar otras circunstancias, como “el hecho estar acusado o encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento”.

Conviene recordar que la acusación es un acto del proceso que se fundamenta en la

existencia de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, de la cual se pueda inferir, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe (art. 336 C.P.P.). Constituye el marco para el debate público que se llevará a cabo en el juicio.

La medida de aseguramiento, por su parte, tiene carácter preventivo, y no siempre comporta la privación efectiva de la libertad (art. 307 C.P.P.). Su propósito es garantizar el cumplimiento de los fines de la investigación. Desde el punto de vista del grado de certeza requerido para esta decisión, su decreto requiere que de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta que se investiga. (Art. 306 C.P.P.).

67. Es evidente que el imputado o acusado que se encuentre cobijado por una medida de aseguramiento o por una formulación de acusación, está amparado por el principio de presunción de inocencia, por lo que resulta contrario al artículo 29 superior equiparar, como lo hace el inciso 3º del artículo 310 del C.P.P., estas situaciones procesales en las que aún no se ha desvirtuado la presunción de inocencia, con otros institutos como los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, que presuponen la existencia de una condena.

68 Una de las dimensiones de la presunción de inocencia, tal como se dejó establecido en los fundamentos jurídicos 30 a 36 es la necesidad de que las personas sometidas a proceso penal, sean tratadas de manera distinta a aquellas sobre las cuales ya pesa una sentencia condenatoria, por haber sido oídas y vencidas en un proceso surtido conforme a la ley. Se desconoce este aspecto de la garantía de inocencia presunta cuando a decisiones provisionales y precarias sobre la probable responsabilidad penal de una persona, se le imprimen efectos negativos extraprocesales, cual si se tratara de una sentencia condenatoria en firme, y a la manera de un antecedente penal, se presentan como indicativas de peligrosidad.

69. De forma consistente, y como una afirmación de la libertad y de la presunción de inocencia que ampara a la persona sometida a proceso penal, la jurisprudencia de esta Corte⁹⁴ ha destacado la importancia de que la decisión acerca de la imposición de una

medida de aseguramiento de detención preventiva tome en cuenta la necesidad e idoneidad que esta ofrezca para asegurar los fines constitucionales del proceso, y que esté mediada por criterios de razonabilidad. Esta valoración debe efectuarse en concreto, en relación con las características específicas del proceso en el cual se examina la posibilidad de adoptar una medida de aseguramiento, y no tomando en cuenta circunstancias que ya fueron objeto de valoración a la luz de los fines específicos de otro proceso.

70. Al declarar la exequibilidad de la medida de detención preventiva frente al principio de presunción de inocencia, la Corte puso el acento en que “El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio.”⁹⁵ El hecho de hacer producir efectos negativos a una medida de aseguramiento en otro proceso penal, diferente a aquel en el que fue proferida, desvirtúa su naturaleza preventiva y su propósito de salvaguardar los fines del proceso que le dio origen, adquiriendo connotaciones de sanción. Esta percepción se ratifica con la equiparación que hace la norma acusada, imprimiéndole los mismos efectos a situaciones completamente disímiles como el “estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad” (num. 3º), o “la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional” (num. 4º).

El hecho de que la valoración de la existencia de una medida de aseguramiento o una acusación, como criterio para inferir la peligrosidad, sea adicional a las pautas establecidas como principales -la gravedad y modalidad de la conducta y los fines constitucionales de la detención preventiva -, no corrige la inconstitucionalidad que se advierte. Sea como criterio principal o con criterio subsidiario, la norma permite que el juez encargado de aplicarla, tome en cuenta una circunstancia que afecta el principio de presunción de inocencia, comoquiera que asimila y le imprime los mismos efectos, indicativos de peligrosidad, a una condena, que a una medida preventiva y provisional como la de aseguramiento, y precaria como es la acusación.

72. Por las consideraciones precedentes, y en consonancia con la postura defendida por los ciudadanos que intervinieron a nombre de la Policía Nacional, el ICBF y la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Corte declarará la inexecuibilidad de la expresión, “estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de”, contenida en el numeral 3º del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, tal como fue modificado por el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011. En consecuencia el texto del numeral declarado

parcialmente inexecutable quedará así: “3. El hecho de estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.”

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, el artículo 7° de la Ley 1453 de 2011.

Segundo: Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, la expresión “u objetos peligrosos” contenida en el inciso quinto del artículo 10 de la Ley 1453 de 2011.

Tercero: Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, la expresión “de nueve (9) a doce (12) años” contenida en el inciso primero del artículo 19 de la Ley 1453 de 2011, e INHIBIRSE respecto de la expresión “la pena anteriormente dispuesta se duplicara” del inciso tercero de la misma disposición.

Cuarto: Declarar INEQUIBLE la expresión “estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de”, contenida en el numeral tercero del artículo 65 de la Ley 1453 de 2011.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-121/12

PELIGRO PARA LA COMUNIDAD POR LIBERTAD DEL IMPUTADO-Criterios en que el juez se basa

para determinarlo (Salvamento de voto)/PELIGRO PARA LA COMUNIDAD POR LIBERTAD DEL IMPUTADO-Circunstancias adicionales de evaluación constituyen elementos que refuerzan el convencimiento del juez para concederla (Salvamento de voto)

En relación con el numeral 3º del artículo 65 de la Ley 1453 de 2011, norma que se ocupa de regular los criterios que el juez debe valorar a efecto de determinar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la comunidad, lo primordial para que el juez decida sobre la libertad del imputado tiene que ver con (i) la gravedad de la conducta punible; (ii) la modalidad de su realización; y (iii) la verificación de que la conducta cumpla con los fines constitucionales que la legitiman; siendo por tanto la consideración de “estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento” un elemento adicional, accesorio y meramente facultativo, encaminado a reforzar el convencimiento del juez en torno a la procedencia de la libertad del imputado.

IMPUTADO O ACUSADO COBIJADO POR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO O FORMULACION DE ACUSACION-Constituye una circunstancia accesorio o adicional para reforzar convencimiento del juez para conceder la libertad (Salvamento de voto)

IMPUTADO O ACUSADO QUE SE ENCUENTRE COBIJADO POR UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO O POR UNA FORMULACION DE ACUSACION-Consideración como circunstancia para conceder la libertad no vulnera el principio de presunción de inocencia (Salvamento de voto)

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Procedencia por cargo formulado bajo percepción subjetiva e irreal (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-8634

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 7, 10, 19 y 65 (parciales) de la Ley 1453 de 2011, “por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito explicar la razón que me llevó a salvar el voto en el asunto de la referencia.

Mi discrepancia con la decisión mayoritaria en este caso se contrae a la declaratoria de inexecutable de la expresión “estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de”, contenida en el numeral 3° del artículo 65 de la Ley 1453 de 2011. Dicha norma se ocupa, básicamente, de regular los criterios que el juez debe valorar a efecto de determinar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la comunidad.

A mi juicio, esa regulación, aisladamente considerada, no puede ser el único referente válido para que el juez decida si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad y, por ende, disponer si lo priva o no de ella. Según el entendimiento integral que merece la norma, lo primordial para proveer en el sentido anotado, sin que ello en modo alguno pueda obviarse, tiene que ver con (i) la gravedad de la conducta punible, (ii) la modalidad de su realización y (iii) la verificación de que la conducta cumpla con los fines constitucionales que la legitiman.

Bajo ese entendido, el que se tome en consideración la situación de “estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento”, resulta entonces un elemento adicional, accesorio y meramente facultativo. Se trata de un aglutinante encaminado a reforzar el convencimiento del juez en torno a definir si procede o no privar de la libertad al imputado.

En ese orden de ideas, como quiera que el cargo de inconstitucionalidad no se formuló en el contexto anotado, sino bajo una percepción subjetiva que, además de no ser real, es claramente fraccionada e incompleta, considero que, como lo plantearon varios intervinientes, esa deficiencia ameritaba una inhibición, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Con todo, si aun, en gracia de discusión, aceptáramos la procedencia de un pronunciamiento de fondo sobre la materia, como efectivamente se hizo, habría que concluir que la norma no quebranta el principio de presunción de inocencia, toda vez que la valoración que se le permite al juez en los términos de la preceptiva acusada tiene esencialmente otros referentes que constitucionalmente la validan, no obstante que el procesado aún no haya sido condenado.

El estar acusado en uno o varios procesos o estar sometido a una o más medidas de aseguramiento constituye un referente insoslayable para que un juez pueda decidir si concede o no la libertad a quien está privado de ella, sobre la base de si constituye o no un peligro para la sociedad. Tal aspecto puede jugar un rol importante en la valoración del juez, al punto que eliminarlo lo sustrae de evaluar expresamente un elemento de juicio de significativa importancia en la ponderación que este realiza. Eliminarlo, declarándolo inexecutable, no va a suponer que el juez no lo tenga en cuenta, a lo sumo no lo invocará, pero sí pesará en el proceso de formar su convencimiento para adoptar la decisión correspondiente, junto con otros supuestos o circunstancias que la sustenten. La inexecutableidad entonces carece de razón y mella el amplio universo de autonomía dentro del cual el juez debe ilustrar y sopesar la decisión que adopte.

En los términos expuestos, dejo entonces sentadas las razones que me llevaron a salvar el voto en el presente caso.

Fecha ut supra

GABRIEL EDUARDO MEDOZA MARTELO

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-121/12

FABRICACION, TRAFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES-Implicaciones de la modificación del tipo penal (Salvamento parcial de voto)

PENA-Fin preventivo (Salvamento parcial de voto)/CORRECCION DE EXCESOS PUNITIVOS-

Categoría excepcional (Salvamento parcial de voto)/MODIFICACION EN LA CONFORMACION DEL ESTATUTO PENAL Y RACIONALIDAD DE BIENES JURIDICOS-Exceso en las atribuciones del legislador en norma demandada (Salvamento parcial de voto)/PREVENCION GENERAL DE LA PENA-Alcance (Salvamento parcial de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMA QUE MODIFICA EL TIPO PENAL DE FABRICACION, TRAFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES-Cargo de inconstitucionalidad sí reunía los elementos necesarios para ser estudiado (Salvamento parcial de voto)

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO-Límites (Salvamento parcial de voto)

DERECHO PENAL-Valoración social (Salvamento parcial de voto)

El derecho penal comporta una valoración social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que dé lugar a la aplicación del ius puniendi, y el quantum de la pena que deba aplicarse.

Referencia: expediente D-8634

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 7 y 10, 19, 65 (parciales) de la Ley 1453 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el respeto acostumbrado con las decisiones que toma esta corporación, me permito disentir del fallo adoptado por la Sala Plena dentro del expediente de la referencia, en lo que se refiere a la declaración de exequibilidad de la expresión “(...) de nueve (9) a doce (12) años (...)” contenida en el inciso primero del artículo 19 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 365 de la Ley 599 de 200096.

Son dos las razones que llevan a apartarme de esa decisión: considero que ese precepto debió ser declarado inexecutable por desconocer el orden justo establecido en el preámbulo y en el artículo 2º de la Carta Política, así como el derecho fundamental al debido proceso y el principio de legalidad consagrados en el artículo 29 superior. En todo caso, de manera subsidiaria, advierto que los argumentos contenidos en la sentencia C-121 de 2012 no eran suficientes para derivar la exequibilidad del precepto sino que conllevaban una única conclusión: que la Corte debió declararse inhibida para tomar una decisión de fondo.

1.- El aparte del artículo 19 -parcial- referente al tipo penal sobre la “fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, fue acusado porque la modificación sobre el Código Penal implica dar mayor relevancia punitiva a la seguridad pública por encima de la vida, la integridad y la libertad sexual. Sin embargo, la sentencia considera que la “corrección” de los excesos punitivos tiene una categoría excepcional, interpreta que la pretensión del actor conlleva a una “sustitución” del legislador y califica que el cargo está basado en su concepción personal y se sustenta en elementos teóricos insuficientes (párrafo número 59) que no tienen en cuenta la importancia constitucional de la seguridad pública (párrafo número 60).

2.- Para dar sustento breve al salvamento de voto se referirán algunos argumentos que permiten evidenciar la inconstitucionalidad de la expresión normativa demandada. A pesar de esto, posteriormente también se mostrará que las premisas que componen la sentencia C-121 de 2012 no permiten inferir la existencia de un cargo de inconstitucionalidad y que, por tanto, lo procedente era que la mayoría de la Corte no se pronunciara sobre el fondo del asunto.

3.- La modificación del artículo demandado constituye un exceso en las atribuciones del Congreso de la República acerca de la conformación del estatuto penal y la racionalidad de los bienes jurídicos que se pretenden proteger a través de él. Puntualmente, el carácter sistemático del derecho y la coherencia que debe regir el régimen punitivo como fórmula extrema que determina los comportamientos en los que no debe incurrir la ciudadanía, impiden que el legislador agrave las penas con plena libertad y sin tener en cuenta la Constitución y la lógica de los bienes jurídicos que componen el código. Sobre este asunto, esta corporación abordó la relevancia del carácter preventivo de la pena en la sentencia C-806 de 2002, en los siguientes términos:

“Al respecto de la finalidad de la pena, ha señalado esta Corte⁹⁷ que, ella tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones”.

La prevención general de la pena implica un mensaje disuasivo a la ciudadanía sobre la imposición de una adversidad por el desconocimiento o trasgresión de unas pautas de conductas vitales para el funcionamiento justo de la sociedad. Para garantizar que esta función sea efectiva, es un deber del legislador cerciorarse de que el recado sea entendido por todos, lo que incluye una caracterización clara de las sanciones y una definición expresa y compatible con la Carta de los bienes jurídicos protegidos.

Atendiendo la importancia y el carácter normativo de la Constitución, lo lógico es exigir al ciudadano un comportamiento que atienda el conjunto de principios previstos en ella. Al contrario, es inconstitucional que a través de la ley penal se modifiquen ese conjunto de valores precisamente porque ello constituye un obstáculo para el cumplimiento de los mandatos superiores y un límite a la prevención general de la pena. En esta medida, la modificación grave de la importancia adscrita a los bienes jurídicos protegidos también puede afectar el principio de legalidad y la base que justifica la aplicación del ius puniendi estatal.

Como se apreciará, la inconstitucionalidad de la modificación contenida en el artículo 19 de la ley 1453 de 2011 se sustenta en tres posturas: (i) que el actor sí logró concretar un cargo de inconstitucionalidad; (ii) el carácter instrumental y, por tanto, subsidiario, del bien jurídico de la seguridad pública respecto de los derechos a la vida, la integridad, entre otros; y (iii) la condición de delito de peligro adscrito al porte ilegal de armas, no permite agravar las penas por encima de aquellas conductas que sí implican la afectación de un valor protegido.

3.1.- A diferencia del análisis efectuado por la parte mayoritaria de la Sala Plena, es evidente que el cargo de inconstitucionalidad sí reunía los elementos necesarios para ser estudiado, es decir, el demandante logró definir el exceso en el que habría incurrido el legislador con el aumento de pena incluido en el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011. En efecto, la proposición incluida en la demanda no estaba soportada en una apreciación personal, sino que planteaba un problema jurídico realmente relevante que obligaba a contrastar el aumento de una

sanción con el resto de penas establecidas en el estatuto penal. A pesar del esfuerzo del actor, la Corte no valoró debidamente la comparación normativa que efectuó sobre varios tipos penales y los bienes jurídicos correspondientes, y dejó pasar la oportunidad de estudiar que el carácter sistemático del ordenamiento penal no haya sido transgredido con una modificación aislada, injustificada a la luz de la política criminal y populista, si se hubieran reconocido los verdaderos fundamentos de la medida.

3.2.- Bajo esas condiciones, en primer lugar, se deben tener en cuenta los párrafos número 8 y siguientes de la sentencia en los que se hace una relación de los límites de la actividad legislativa cuando establece los patrones de la política criminal y fija los tipos penales correspondientes. Allí se argumenta que las facultades de ese órgano son amplias, al tiempo que se advierte que estas deben respetar los principios, derechos y valores establecidos en la Carta Política. Además refiere que en aplicación del principio de proporcionalidad, una de las restricciones a la imposición de sanciones es la “prohibición del exceso”.

3.3.- Teniendo en cuenta la estructura de los tipos penales y los bienes jurídicos en los que están soportados, la Corte tenía el deber de establecer si el aumento de sanción incluido en ese precepto era desproporcionado o irrazonable por desconocer la naturaleza sistemática y coherente del sistema penal⁹⁸. En términos sencillos, el delito modificado lleva a que por el solo hecho de poseer cualquier cantidad de munición, una persona reciba una pena privativa de la libertad que va desde los nueve años, castigo superior a hechos punibles similares -por solo nombrar algunos- como la contaminación de aguas, el concierto para delinquir, la utilización ilegal de uniformes e insignias, el disparo de arma de fuego contra vehículo, el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, etc.

En este aspecto es evidente que la sentencia C-121 de 2012 resulta desequilibrada ya que solo se limita a mostrar que la seguridad pública tiene soporte en la Constitución Política, sin analizar o ponderar si es posible que el legislador imponga penas más altas al porte de un arma de fuego o municiones, en comparación a los delitos que están conectados con valores como la vida, la libertad personal y la libertad sexual⁹⁹. La respuesta a este dilema implicaba una valoración rigurosa de la tipología misma de la forma de asociación política y sus principios fundacionales.

El actor no desconocía que el porte de armas de fuego tiene soporte en la Carta Política. Su

censura implicaba valorar si el aumento de la pena en ese delito alteraba la racionalidad del texto penal y si esa modificación tenía el poder de desconocer el conjunto de principios fundamentales que hacen parte del Título I de la Constitución Política. En el primer escenario -antes del artículo 19 de la ley 1453 de 2011- la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz tenían un lugar preponderante en las finalidades del Estado; la seguridad, por tanto, solo tenía un carácter instrumental, en la medida en que constituyera una estrategia idónea para garantizar aquellos. En el segundo, como en el Estado Fascista, este concepto adquiere más relevancia e, inclusive, con la pretexto de prevenir hechos que le afecten termina restringiendo las libertades más elementales.

Adicionalmente, aunque el legislador goza de un amplio margen de acción para concretar y modificar el estatuto penal, lo cierto es que está sujeto a las categorías de derechos que hacen parte de la Carta Política. El aumento de penas consagrado en el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011, referido a la “fabricación, tráfico, y porte de armas de fuego o municiones”, implica la transformación de los bienes jurídicos incluidos en el estatuto penal y, particularmente, constituye un exceso sobre el castigo que puede determinar el legislador sobre los tipos penales de peligro¹⁰⁰, en comparación con aquellos de resultado o lesión, sobre todo los que están soportados en la trasgresión de la vida, la dignidad o las libertades.

El prototipo constitucional del Estado impone, como regla general, que haya una protección más sensible y expresa de los bienes jurídicos relativos a la persona o individuales, por encima de los de mera conducta, intermedios o de peligro que solo están soportados en la amenaza de la seguridad pública. En efecto, la importancia del bien jurídico tutelado en los primeros tiene una conexión expresa e indiscutible con la dignidad humana¹⁰¹, mientras que en los otros, por su naturaleza, la protección es indirecta, el daño es contingente y solo está justificado por el carácter preventivo del derecho penal.

Al permitir sin un escrutinio concluyente que un tipo de peligro contenga una pena mayor sobre aquellos delitos que buscan compensar y restablecer un daño ocasionado a la persona y la sociedad, la Corte está otorgando preponderancia a un política criminal del no-daño¹⁰² y con una concepción dócil de la culpabilidad, así como de bienes jurídicos que si bien tienen cabida en la Carta Política, no constituyen su referente principal.

De manera similar a los argumentos contenidos en la demanda, este Tribunal debió haber concluido que la estructura misma de la Constitución implica que los tipos de peligro tienen un límite ontológico en la gravedad de su castigo, ya que este no puede ser superior a la privación de la libertad establecida para los delitos que afectan la vida, la dignidad y las libertades.

4.- Lo anterior llevaba a declarar la inexecutable del aumento de pena. No obstante, en su lugar, la sentencia C-121 de 2012 concluyó que la parte demandada del artículo 19 de la Ley 1453 de 2011 es compatible con la Carta Política a partir de argumentos que en realidad no desestiman la demanda, sino que se limitan a probar la inexistencia de un cargo. Sobre el particular la Sala consideró que la pretensión implica -se repite- una “sustitución” del legislador y estimó que los argumentos son apreciaciones personales.

La consecuencia lógica de esas premisas, en los términos de la sentencia C-1052 de 2001, muchas veces reiterada por la Sala Plena, llevaba que a cambio de inferir la executable del precepto, la Sala se hubiera declarado inhibida para tomar una decisión, de manera que no quedara resguardada por la cosa juzgada constitucional¹⁰³. Vale la pena citar uno de los argumentos principales del fallo mencionado:

“3.4.2. El segundo elemento de toda demanda de inconstitucionalidad es el concepto de la violación, que supone la exposición de las razones por las cuales el actor considera que el contenido de una norma constitucional resulta vulnerado por las disposiciones que son objeto de la demanda. En este orden de ideas, al ciudadano le corresponderá (i.) hacer “el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas” (artículo 2 del numeral 2 del Decreto 2067 de 1991), pues “si bien cada ciudadano es libre de escoger la estrategia que considere conveniente para demostrar la inconstitucionalidad de un precepto (siempre y cuando respete los parámetros fijados por la Corte), considera la Corte que... el [particular] tiene el deber de concretar el o los cargos contra las disposiciones acusadas, lo que implica realizar un esfuerzo por identificar de manera relativamente clara las normas constitucionales violadas”¹⁰⁴. Este señalamiento supone, además, (ii.) la exposición del contenido normativo de las disposiciones constitucionales que riñe con las normas demandadas, es decir, manifestar qué elementos materiales del texto constitucional son relevantes y resultan vulnerados por las disposiciones legales que se impugnan¹⁰⁵. No basta, pues, con que el demandante se limite a transcribir la norma constitucional o a

recordar su contenido.

Finalmente, (iii.) tendrán que presentarse las razones por las cuales los textos normativos demandados violan la Constitución (artículo 2 numeral 3 del Decreto 2067 de 2000). Esta es una materia que ya ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional y en la que se revela buena parte de la efectividad de la acción pública de inconstitucionalidad como forma de control del poder público. La efectividad del derecho político depende, como lo ha dicho esta Corporación, de que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes¹⁰⁶. De lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose, circunstancia que frustra “la expectativa legítima de los demandantes de recibir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional”¹⁰⁷.

Estimo que en este caso en lugar de evidenciar la incompatibilidad de la disposición demandada, la Corte se valió de argumentos procesales, referidos a la inexistencia del concepto de la violación de la Carta Política, para terminar avalando la modificación del estatuto penal.

5.- Así las cosas presento mi salvamento de voto, apartándome respetuosamente de la decisión plasmada en el fallo referido, teniendo en cuenta que considero que en el presente caso se debió declarar la inexecutable de la expresión demandada del artículo 19 de la Ley 1453 de 2011 o, en su defecto, haber concluido que la Corte estaba inhibida para tomar una decisión de fondo.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

1 Sentencia C-417 de 2009.

2 Sentencia C-1052 de 2001.

3 En este punto la apoderada del Ministerio del Interior y de Justicia reseña que en la sentencia C-442 de 2011 se estudió la indeterminación de los delitos de injuria y calumnia frente al principio de legalidad. De esta manera arguyó que, en la referida providencia “al analizar precisamente si se respetó el principio de legalidad en la configuración de los tipos penales de injuria y calumnia, la Corte encontró que, por un lado, los pronunciamientos de la

Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, que coinciden con los elementos que configuran esas conductas punibles, de manera precisa, por lo que existe claridad sobre las situaciones que constituyen infracciones a la ley penal, y por parte, encontró la Corte que existe una jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional que resalta el carácter privilegiado de que goza la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico colombiano, que debe ser tenida en cuenta por los jueces penales, cuando interpreten y apliquen los tipos penales de injuria y calumnia en un caso concreto.”

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias del 23 de febrero de 2003. Rad. No 20616, y del 27 de junio de 2006. Rad 20616

5 ARTICULO 358. TENENCIA, FABRICACION Y TRÁFICO DE SUSTANCIAS U OBJETOS PELIGROSOS. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El que ilícitamente importe, introduzca, exporte, fabrique, adquiera, tenga en su poder, suministre, trafique, transporte o elimine sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear considerado como tal por tratados internacionales ratificados por Colombia o disposiciones vigentes, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena señalada en el inciso anterior se aumentará hasta la mitad, cuando como consecuencia de algunas de las conductas descritas se produzca liberación de energía nuclear, elementos radiactivos o gérmenes patógenos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes.

6 Sentencia C-316 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

7 Sentencia C-1080 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis

8 Sentencia C-764 de 2002.

9 Consejo de Estado, Sentencia del 7 de octubre de 2010, Rad. No. 2004-050678

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado: 3097.

11 En la sentencia C-442 de 2011 se realizó una completa compilación de las reglas que la Corte ha establecido en materia de libertad de configuración del ius puniendo, sus límites y

su aplicación en lo relativo a los denominados tipos penales en blanco. En esta sentencia la Corte declaró la exequibilidad de los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”, frente a cargos que se sustentaban en la vulneración del principio de legalidad estricta, por una supuesta ambigüedad e indeterminación en la descripción de los tipos penales de injuria y calumnia.

12 Ver sentencias C-225 de 1995, C-368 de 2000, C-177 de 2001 y C-226 de 2002.

13 Corte Constitucional, sentencia C-422 de 2011.

14 La sentencia declaró la constitucionalidad de un aparte del artículo 201 del Decreto 100 de 1980, que sancionaba el tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal.

15 En esta providencia se declaró la inexecutable del Decreto 1900 de 2002, dictado por el Presidente de la República en virtud de la declaratoria del estado de conmoción interior y con el cual había creado distintos tipos penales dirigidos a combatir el hurto y el contrabando de hidrocarburos.

16 Sentencia C-038 de 1995.

17 Sobre el particular, se pueden revisar las sentencias C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001, entre otras.

19 Sentencia C-996 de 2000, C-177 de 2001, entre otras.

20 Sentencia C-1164 de 2000.

21 Sentencia C-587 de 1992.

22 Sentencia C-456 de 1997.

23 Sentencia C-125 de 1996, C-239 de 1997, entre otras. En relación con los aspectos procedimentales, la Corte ha fijado igual criterio en relación con la iniciación de la investigación penal; ver sentencia C-459 de 1995, C-404 de 1998.

24 Sobre el particular ver sentencias C-587 de 1992, C-404 de 1998, C-177 de 2001.

25 En realidad, el juicio estricto de igualdad comporta el juicio de estricta proporcionalidad. Ver sentencia C-125 de 1996.

26 Sentencia C-070 de 1996.

27 Las normas demandadas hacían parte de la Ley 488 de 1998, “por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales” y estaban dirigidas a punir conductas ligadas al delito de contrabando. Dos magistrados salvaron su voto.

28 La norma estaba contenida en la Ley 491 de 1999, “por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones.” Dos magistrados salvaron su voto.

29 Roxin, C., Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Edit. Civitas, 1997, p. 140. En el mismo sentido, puede citarse la siguiente obra: Mir Puig, S., Derecho Penal. Parte General. Barcelona, quinta edición, 2002, p. 75.

30 Ferrajoli, L, ob.cit, p. 467.

31 Ibídem, p. 468.

32 Sentencias C-605 de 2006, C-1490 de 2000, C-599 de 2000, C-559 de 1999, entre otras.

33 Sentencia C-559 de 1999.

34 En esa línea la sentencia C-605 de 2006, señaló: “(...) se permite que la disposición que complementa el tipo penal básico se expida con posterioridad a éste, pero se exige la existencia de la norma de complemento para la conformación final del tipo penal. En otros términos, la existencia de la norma de complemento del tipo penal en blanco es requisito de configuración definitiva del tipo penal integrado. Sólo de dicha manera se garantiza la previsibilidad de las circunstancias punibles y de la sanción penal y sólo así se efectiviza el principio del debido proceso que garantiza que nadie sea juzgado sino conforme a leyes

preexistentes al acto que se le imputa. Este requisito permite que la norma penal se complete de manera definitiva antes de que el ciudadano o el juez ajusten su conducta a lo dispuesto por ella.”

35 Sentencia C-605 de 2006.

36 Cfr. Sentencia C-422 de 2011.

37 Sentencia T-127 de 1993.

38 Ver Mariano Silvestroni, Teoría constitucional del delito, Buenos Aires, Editores del puerto, 2007, p. 172 y s.s.

39 También se encuentra estipulado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Mientras que el PIDCP reconoce el derecho de toda persona condenada o absuelta por sentencia en firme a no ser sometida a un nuevo proceso, la Convención Americana consagra este derecho como propio de las personas absueltas, quienes no podrán ser juzgadas nuevamente “por los mismos hechos”.

40 Sentencias T-537 de 2002, T-162 de 1998 y T-575 de 1993.

41 Sentencias C-244 de 1996, T-002 de 1992 y T-406 de 1992.

43 Así en la sentencia C-870 de 2002.

44 *Ibidem*.

45 Cfr. Sentencia C-870 de 2002.

46 Debido a los argumentos anteriores, para la sentencia C-391 de 2002 no se aplica el principio non bis in idem cuando a la vez concurren un juicio disciplinario y una acción electoral.

47 Sentencia C-244 de 1996. En esta sentencia C-244 de 1996, la Corte declaró exequible una expresión del artículo 2º de la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único anterior a la Ley 734 de 2002), en la cual se disponía que “la acción disciplinaria es independiente de la

acción penal”. Con anterioridad a la sentencia C-244 de 1996, varias sentencias habían solucionado el mismo problema jurídico, de acuerdo a los mismos criterios. Por ejemplo, ver la Sentencia C-427/94. Tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia han tenido una posición similar a la de la Corte Constitucional resolviendo que no es aplicable el principio non bis in idem en casos de concurrencia de juicios disciplinarios y penales. Ver por ejemplo las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 26 de Octubre de 2000, 16 de Octubre de 1992 y 4 de Diciembre de 1991. Del Consejo de Estado, se pueden observar las sentencias de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fechas 23 de Septiembre de 1993, 18 de Diciembre de 1990, y 26 de Febrero de 1992. Por último, el Consejo Superior de la Judicatura ha establecido que “la conducta típica, tanto en el derecho penal como en el derecho disciplinario, queda sujeta a la competencia autónoma e independiente que tienen el juez penal y el juez disciplinario, y por su naturaleza, separadamente deben investigarse para determinar si realmente la conducta se cometió o tuvo ocurrencia.” Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia del 28 de Mayo de 1998.

48 Sentencia C-088 de 2002, T-162 de 1998.

49 Sentencia C-037 de 1996.

50 Sentencia C-427 de 1994 .

51 Sentencia C-620 de 2001.

52 Sentencia T-413 de 1992.

53 Sentencia C-259 de 1995.

54 El artículo 5° de la Ley 890 de 2004, que modificó el 64 del Código Penal sobre los requisitos para conceder el beneficio de libertad condicional. Consideró el demandante que la valoración que debe hacer el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para determinar la posible concesión de la libertad condicional era un nuevo juicio sobre la responsabilidad penal del sindicado, por lo que la misma quebrantaba el principio constitucional de prohibición de doble incriminación.

55 El numeral 1° del artículo 110 de la Ley 599 de 2000 que consagra como circunstancia de

agravación punitiva del delito de homicidio culposo (extensiva a las lesiones personales culposas) la circunstancia de que el resultado lesivo a la vida o la integridad personal se produjera “bajo el influjo de bebida embriagante”.

56 Art. 8.2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

57 Art. 14.2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

58 O`Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para Colombia, 2007, Pág. 397.

59 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 7

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Martín de Mejía contra Perú, págs. 209-210 (1996).

61 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Levoyer Jiménez contra Ecuador, Párr. 46 (2001).

62 Cfr. C-251 de 2002.

63 Sentencia C-416 de 2002.

64 ARTICULO 29. AUTORES. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. (...) El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

65 ARTICULO 30. PARTICIPES. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

66 Velásquez Velásquez, Fernando, Derecho penal, Parte General

67 Art. 27. Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

68 Corte constitucional, sentencia C-420 de 2002.

69 Artículo 31. Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que corresponden a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

70 Velásquez, Fernando, Derecho Penal, Parte General, Temis, 2002, págs. 474-479

71 Este tiene lugar “cuando una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez, no pudiendo aplicarlos coetáneamente sin violar el principio del non bis in idem, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecua el comportamiento en estudio. Hay quienes sostienen que este fenómeno se confunde con el concurso ideal; sin embargo, la diferencia estriba en que en el concurso aparente de normas una sola acción cometida por una misma persona parece adecuarse en dos o más tipos penales excluyentes, esto es, hay un único sujeto activo, unidad de acción y pluralidad de tipos. En el concurso ideal los tipos penales a los cuales se encuadra el comportamiento humano concurren y, por tanto, se aplican simultáneamente al caso. En el concurso ideal hay acumulación jurídica de penas, en el concurso aparente de normas se impone la pena prevista en el tipo que resulte aplicable.” (Corte Constitucional Sentencia C-133 de 1999).

72 Se presenta cuando un supuesto de hecho reproduce los elementos típicos de otro más general y caracteriza de manera más precisa al hecho o al autor añadiendo elementos adicionales. Se dice que una norma penal es especial con respecto a otra general, cuando todos los requisitos de la norma general, todos los elementos en ella descritos para conformar el tipo de delito están contenidos en la primera, la que a la vez integra la

estructura del tipo con uno o varios elementos más de los que se observan en la norma general. Tales elementos se llaman especificantes. En este caso se aplica el tipo especial y no el general, pues el especial excluye al fundamental. (Ibídem).

73 El principio de la consunción tiene lugar “cuando la realización de un supuesto de hecho más grave incluye la de otro menos grave”. En este caso se aplica el tipo penal más grave pues se considera que el menos grave ha quedado allí subsumido. .” (Ibídem)

74 El principio de subsidiariedad tiene operancia “cuando ambos describen grados diversos de lesión, en forma tal que una de ellas es más grave que la otra y cuando, además, la menos grave entra en la composición de la otra como elemento constitutivo o circunstancia agravante.”⁷⁴ La subsidiariedad es expresa cuando la propia ley se encarga de señalarla y tácita cuando el intérprete debe deducirla por no haberlo hecho la ley expresamente. .” (Ibídem)

75 El principio de alternatividad es aquél que “autoriza al juzgador para que en el caso de que dos normas penales disciplinen el mismo hecho con igual valoración punitiva de los acontecimientos, pueda aquél aplicar indistintamente cualquiera de esas normas a su elección.” (Ibídem).

76 ARTICULO 184. CONSTREÑIMIENTO PARA DELINQUIR. El que constriña a otro a cometer una conducta punible, siempre que ésta no constituya delito sancionado con pena mayor, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

ARTICULO 185. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando:

1. La conducta tenga como finalidad obtener el ingreso de personas a grupos terroristas, grupos de sicarios, escuadrones de la muerte o grupos de justicia privada.
2. Cuando la conducta se realice respecto de menores de dieciocho (18) años, de miembros activos o retirados de la fuerza pública u organismos de seguridad del Estado.
3. En los eventos señalados en el artículo 183.

77 La subsidiariedad “opera cuando el analista debe resolver concursos aparentes de tipos

motivados por la existencia de figuras que describen diversos grados de lesión o afectación de los bienes jurídicos, yendo desde los más leves hasta los más graves, de tal manera que el supuesto de hecho subsidiario es interferido por el principal; por ello, la estructura lógica de la subsidiariedad no es la de subordinación sino la de interferencia”. La subsidiariedad, entonces, solamente tiene lugar cuando quede excluida la aplicación del hecho básico. (Corte Constitucional, sentencia C-133 de 1999).

78 Gaceta del Congreso No, 737 de octubre 5 de 2010. Pág. 15.

79 ARTICULO 358. TENENCIA, FABRICACION Y TRÁFICO DE SUSTANCIAS U OBJETOS PELIGROSOS. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que ilícitamente importe, introduzca, exporte, fabrique, adquiera, tenga en su poder, suministre, trafique, transporte o elimine sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear considerado como tal por tratados internacionales ratificados por Colombia o disposiciones vigentes, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena señalada en el inciso anterior se aumentará hasta la mitad, cuando como consecuencia de algunas de las conductas descritas se produzca liberación de energía nuclear, elementos radiactivos o gérmenes patógenos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes.

80 Bajo la denominación de “arma blanca”, en medicina legal, se entienden incluidos aquellos instrumentos de estructura variada que se caracterizan por su capacidad de cortar, herir o punzar, por presentar bordes afilados o puntiagudos. Se suelen clasificar en armas punzantes, cortantes, cortopunzantes e inciso contusas. (Font Riera Gabriel. Atlas de medicina Legal Forense. Ed. Bosh, 1996, pàg. 280.)

81 Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal, sentencia del quince (15) de julio de dos mil ocho (2008). Aprobado Acta N^o.190, Proceso No. 28872; Sentencia del tres (3) de marzo de dos mil cuatro (2004). Magistrado Ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo Aprobado

Acta No. 014, Proceso No 13436

82 Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal, Sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006). Aprobado acta No. 18. Proceso No 20616; y Sentencia veintisiete de junio de dos mil seis, Proceso No 22201. Aprobado Acta No. 60

83 ANTECEDENTES DEL NUEVO CÓDIGO PENAL. EDICIONES DOCTRINA Y LEY 2000, página 657.

84 Sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006), Aprobado acta No. 18. Proceso No 20616

86 Sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006), Aprobado acta No. 18. Proceso No 20616.

87 Corte Constitucional, sentencia C-144 de 2010. En similar sentido C-393 de 2006 y C-530 de 2003.

88 1. Utilizando medios motorizados.

2. Cuando el arma provenga de un delito.

3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades.

4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.

5. Obrar en coparticipación criminal.

6. Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumenten su letalidad.

7. Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado.

89 Este criterio ha sido sostenido por la Corte desde la sentencia C-038 de 1995, reiterado en la C-070 de 1996, y posteriormente en las sentencias C-013 de 1997, C-551 de 2001, C-553 de 2001, C-580 de 2002, C-622 de 2003, C-148 de 2005, C-488 de 2009.

90 Sentencia C-013 de 1997

91 Sentencia C-070 de 1996

92 Sentencia C- 038 de 1995.

93 En la sentencia C-1198 de 2008 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del aparte “será suficiente la gravedad y modalidad de la punible (sic). Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:”, contenido en el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, “en el entendido de que para determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, además de la gravedad y la modalidad de la conducta punible, el juez debe valorar si se cumplen los fines constitucionales de la detención preventiva señalados en los artículos 308 y 310 de la Ley 906 de 2004”.

94 Sentencias C-1198 de 2008: C-774 de 2001; C-634 de 200y C-549 de 1997.

95 Sentencia C-774 de 2001.

96 La disposición, junto con la expresión demandada es la siguiente: “Artículo 365. Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años.”

97 Sentencia C-430 de 1996

98 Ver: sentencia C-070 y C-125 de 1996.

99 Sobre el particular, vale la pena tener en cuenta la siguiente afirmación de la sentencia C-489 de 2002: “El derecho penal comporta una valoración social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que de lugar a la aplicación del ius puniendi, y

el quantum de la pena que deba aplicarse.”

100 Vid. sentencias C-430 de 1996 y C-939 de 2002, A.J.: 8.3.1. En la primera de esas providencias se afirmó lo siguiente: “Las normas demandadas constituyen tipos de mera conducta, porque mediante ellos se sanciona el simple porte de llaves maestras o ganzúas, como también de escopolamina o cualquier sustancia semejante, y de peligro ya que con tales conductas sólo se amenazan los bienes jurídicos protegidos.”

101 En la sentencia C-355 de 2006, en donde se estudiaron las normas que penalizan el aborto, la Corte afirmó lo siguiente: “Desde estos diversos planos la dignidad humana juega un papel conformador del ordenamiento jurídico. En relación con el plano valorativo o axiológico, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución. Así mismo ha sostenido, que la dignidad humana constituye la base axiológica de la Carta, de la cual se derivan derechos fundamentales de las personas naturales, fundamento y pilar ético del ordenamiento jurídico. De esta múltiple caracterización ha deducido la Corte Constitucional que “la dignidad humana caracteriza de manera definitoria al Estado colombiano como conjunto de instituciones jurídicas”.

102 El daño como elemento del derecho penal fue abordado en la sentencia C-1149 de 2001 en los siguientes términos: “El daño, es el efecto jurídico del delito, que comporta una doble connotación: a) El daño público o social que se produce al lesionar el bien o interés jurídico protegido por el Estado y que explica su intervención poniendo en marcha el aparato punitivo, imponiendo las sanciones a quien ha infringido el orden jurídico, pues el delito es siempre un hecho que perjudica a la comunidad; b) El daño particular que se produce con la lesión del bien jurídico, conocido como daño civil, da lugar a la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, estableciéndose por el ordenamiento jurídico la obligación para el sujeto activo de reparar los daños tanto morales como materiales.”

103 Vid. sentencia C-262 de 2011.

104 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-142 de 2001. Se inhibió la Corte en esta oportunidad para conocer de muchos de los cargos formulados contra algunos numerales de

los artículos 223 y 226 del Código Contencioso Administrativo, pues el actor no identificó claramente las disposiciones constitucionales que resultaban vulneradas.

105 Cfr. Ibíd. Sentencia C-142 de 2001. En dicha oportunidad, tal y como fue referido, la falta de claridad en la identificación de las normas constitucionales que se consideraban vulneradas, que sirvió de base para inhibir a la Corte de realizar un pronunciamiento de fondo tuvo que ver con el siguiente hecho: el actor consideró que las normas acusadas contrariaban 76 disposiciones constitucionales, no obstante, la Corte encontró que sólo respecto de 10 de ellos el actor hizo manifiesta una contradicción posible entre el sentido de la disposición constitucional infringida y las normas demandadas, sobre el que precedía un pronunciamiento de este Tribunal.

106 Cfr., entre varios, los Autos de Sala Plena 244 de 2001 y de 2001. En dichas oportunidades la Corte, al resolver el recurso de súplica presentados por los actores, confirmó los autos en los que se inadmitió la demanda por no presentar razones “específicas, claras, pertinentes y suficientes”.
