

Sentencia C-334/13

CONCIERTO PARA DELINQUIR Y ENTRENAMIENTO PARA ACTIVIDADES ILICITAS-
Circunstancias de agravación punitiva de conductas cometidas por miembros activos o retirados de la fuerza pública o de organismos de seguridad del estado

AGRAVACION DE LA PENA APLICABLE A DELITOS DE CONCIERTO PARA DELINQUIR Y ENTRENAMIENTO PARA ACTIVIDADES ILICITAS COMETIDOS POR MIEMBROS ACTIVOS O RETIRADOS DE LA FUERZA PUBLICA O DE ORGANISMOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO-
Constituye un desarrollo razonable y proporcionado de la potestad de configuración del legislador en materia penal

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Jurisprudencia constitucional

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Definición/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Alcance

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA-Excepciones/COSA JUZGADA RELATIVA IMPLICITA-Concepto/COSA JUZGADA APARENTE-Concepto/DOCTRINA DE LA CONSTITUCION VIVIENTE-Concepto

La doctrina constitucional ha previsto tres (3) excepciones al alcance de la cosa juzgada constitucional: (i) La cosa juzgada relativa implícita, frente a la cual esta Corporación ha señalado: "Puede suceder que la Corte haya declarado la exequibilidad de una disposición legal solamente desde el punto de vista formal, caso en el cual la cosa juzgada operará en relación con este aspecto quedando abierta la posibilidad para presentar y considerar nuevas demandas de inconstitucionalidad por su contenido material; o bien puede acaecer que la Corte al declarar la exequibilidad de una norma haya limitado su decisión a un aspecto constitucional en particular o a su confrontación con determinados preceptos de la Carta Política, situación en la cual la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia". (ii) La cosa juzgada aparente, que se presenta "si pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la

confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales”. (iii) Por su parte, la doctrina de la Constitución viviente consiste en “una posibilidad, en todo caso excepcionalísima, de someter nuevamente a análisis de constitucionalidad disposiciones sobre las cuales existe un pronunciamiento de exequibilidad, en la que dicha opción concurre cuando en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma”.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Contenido y alcance

El legislador tiene competencia exclusiva en la definición de la política criminal del Estado que encuentra claro respaldo en el principio democrático y en la soberanía popular (C.P. arts. 1º y 3º), razón por la cual, corresponde a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, determinar, dentro de los marcos de la Constitución Política, la orientación del Estado en estas materias. El ejercicio de dicha facultad genérica, tiene fundamento en la denominada cláusula general de competencia según la cual corresponde al órgano legislativo “hacer las leyes”, lo que a su vez comporta la posibilidad de interpretarlas, modificarlas y derogarlas. (C.P., art. 150 y 114). Específicamente, en relación con las normas del Código penal, el Congreso de la República tiene una facultad expresa y específica de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. De acuerdo al principio democrático la definición de cuáles comportamientos son delictivos debe ser hecha por los representantes del pueblo. Por ello, tal y como lo ha señalado la doctrina y lo ha reconocido esta Corte, el principio de legalidad se encuentra vinculado a otro principio, que es la “representación popular en la definición de las políticas criminales”, en virtud de la cual “sólo los órganos de representación popular y origen democrático pueden definir conductas delictivas”. La Corte ha reconocido el amplio margen con el que cuenta el legislador para determinar el contenido concreto del Derecho

penal, en desarrollo de la política criminal del Estado. En ejercicio de esta competencia, corresponde al legislador determinar las conductas punibles y establecer el quantum de las penas correspondientes, de acuerdo con la valoración que haga de las diferentes conductas en el marco de la política criminal, así como es él quien puede señalar los casos en los que, dadas determinadas circunstancias, aquellas pueden disminuirse o aumentarse y los procedimientos para tal efecto, todo ello dentro del marco de la Constitución, y bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado algunos aspectos que podría determinar el legislador en ejercicio de su libertad de configuración en materia penal: “Por consiguiente, en ejercicio de la potestad de configuración normativa, el legislador puede adoptar - entre otras decisiones- las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, etc. Sin embargo, como se dijo anteriormente, el alcance de dicha regulación no puede comprometer la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución”.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Valores, preceptos y principios a los cuales debe ceñirse el legislador

La Constitución es un límite invariable y una fuente de inspiración y dirección del legislador en materias penales y sancionatorias. Por lo cual, la Carta Fundamental establece valores, preceptos y principios a los cuales debe ceñirse el legislador en la elaboración de normas penales: 1. En primer lugar, el principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del Derecho penal. 2. En segundo lugar, encontramos el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de acuerdo con el cual, el Derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos, 3. En tercer lugar, se encuentra el principio de legalidad, 4. En cuarto lugar, el principio de culpabilidad, 5. En quinto lugar, los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal, 6. Por último encontramos al bloque de constitucionalidad y a otras normas constitucionales que deben ser tenidas en cuenta en la

redacción de las normas penales: “Además de los límites explícitos, fijados directamente desde la Carta Política, y los implícitos, relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en la Carta, la actividad del Legislador está condicionada a una serie de normas y principios que, pese a no estar consagrados en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración, en la medida en que la propia Constitución les otorga especial fuerza jurídica por medio de las cláusulas de recepción consagradas en los artículos 93, 94, 44 y 53. Son éstas las normas que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad”

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DETERMINACION DE LAS CAUSALES DE GRAVACION Y ATENUACION-Alcance/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DERECHO PENAL-Determinación de las conductas punibles y de la pena/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites de razonabilidad y proporcionalidad

CAUSALES DE AGRAVACION O DE ATENUACION PUNITIVA DENTRO DEL MARCO DE POLITICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Jurisprudencia constitucional

CRIMINALIDAD ORGANIZADA-Características/CRIMINALIDAD ORGANIZADA-Alcance

La criminalidad organizada funciona como una empresa y requiere como ella de elementos básicos como la existencia de normas internas, sistemas de comunicaciones especiales, división del trabajo, estructura jerárquica, rutinas y procedimientos estandarizados, competencias técnicas especializadas y profesionalización de sus miembros, lo cual potencia y multiplica su efectividad. La criminalidad organizada tiene a su vez las siguientes características: (i) la concertación de varias personas para la comisión de delitos, (ii) con cierta organización (iii) estabilidad y permanencia; (iv) está dirigida a la comisión de delitos graves; (v) adopta una estructura compleja y (vi) tiene por objeto el beneficio o poder. En este sentido, la criminalidad organizada constituye una empresa mundial que mueve miles de millones de dólares y que resulta una antítesis de la sociedad civil, tal como lo destaca el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: “Por el contrario, alineadas contra esas fuerzas constructivas, cada vez en mayor número y con armas más potentes, se encuentran las fuerzas de lo que denominó la “sociedad incivil”. Se trata de terroristas, criminales, traficantes de drogas,

tratantes de personas y otros grupos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil. Sacan ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad. Esos grupos prosperan en los países con instituciones débiles y no tienen escrúpulos en recurrir a la intimidación o a la violencia. Su crueldad es la verdadera antítesis de lo que consideramos civil. Son poderosos y representan intereses arraigados y el peso de una empresa mundial de miles de millones de dólares; pero no son invencibles". De esta manera, el alcance de una organización criminal es mucho mayor al de la criminalidad individual, lo cual permite el sometimiento económico o político de sectores enteros de la sociedad, situación por la cual la comunidad internacional tiene un compromiso decidido para prevenir y luchar contra este fenómeno a través de diversos instrumentos y convenciones internacionales.

CRIMINALIDAD ORGANIZADA-Antecedentes normativos

CONCIERTO PARA DELINQUIR-Características/CONCIERTO PARA DELINQUIR-Definición/CONCIERTO PARA DELINQUIR-Elementos

TIPIFICACION DEL CONCIERTO PARA DELINQUIR-Derecho comparado

TIPIFICACION DEL CONCIERTO PARA DELINQUIR-Contenido y alcance

DELITOS DE CONCIERTO PARA DELINQUIR Y ENTRENAMIENTO PARA ACTIVIDADES ILICITAS COMETIDOS POR MIEMBROS ACTIVOS O RETIRADOS DE LA FUERZA PUBLICA O DE ORGANISMOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO-Determinación de la pena/DELITOS DE CONCIERTO PARA DELINQUIR Y ENTRENAMIENTO PARA ACTIVIDADES ILICITAS-Criterios que explican las causales que agravan la conducta cuando el sujeto activo es o ha sido miembro de la fuerza pública o de organismo de seguridad del estado

Referencia: expediente D - 9371

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 342 de la Ley 599 de 2000

Magistrado Sustanciador:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil trece (2013).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio –quien la preside–, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes

1. ANTECEDENTES

El veinticinco (25) de octubre de 2012, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Santiago Alberto Gutiérrez Valencia, demandó el artículo 342 de la Ley 599 de 2000. A esta demanda se le asignó la radicación D-9371.

1.1. NORMA DEMANDADA

El texto de la disposición demandada es el siguiente:

“LEY 599 DE 2000

Por la cual se expide el Código Penal

(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

ARTICULO 342. CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACION. Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores sean cometidas por miembros activos o retirados de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.”.

1.2. DEMANDA

El ciudadano Santiago Alberto Gutiérrez Valencia, considera que el artículo 342 de la Ley 599 de 2000, vulnera los artículos 13 y 29 de la Constitución Política por las siguientes

razones:

1.2.1. Señala que el legislador desbordó los límites impuestos por la Constitución en materia punitiva al consagrar un incremento automático de la pena del delito de concierto para delinquir cuando el sujeto activo sea miembro o ex miembro de la Fuerza Pública o de los organismos de seguridad del Estado.

1.2.2. Manifiesta que aunque no todos los eventos previstos en la modalidad agravada del concierto para delinquir tienen una relación directa con el servicio desempeñado por un integrante o ex integrante de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado, la norma demandada permite que se aumente la pena en relación con estos sujetos activos sin que los hechos tengan relación con sus funciones.

1.2.3. Afirma que resulta discriminatorio que la consecuencia jurídica prevista en el artículo 342 del Código Penal le sea aplicable a ex integrantes de la Fuerza Pública sin consideración al tiempo durante el cual prestaron sus servicios, ni al momento en el cual dejaron de prestarlos, ni sobre las funciones desempeñadas.

1.2.4. Por lo anterior, señala que el Código consagra un trato desigual que desconoce el derecho fundamental a la igualdad de los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública o de los organismos de seguridad del Estado.

1.2.5. Aduce que la diferenciación contemplada en el artículo 342 del Código penal carece de criterios que atiendan a una valoración objetiva de elementos como la gravedad de la conducta, la mayor o menor afectación del bien jurídico o el grado de culpabilidad.

1.2.6. Agrega que la norma vulnera el artículo 29 de la Constitución que proscribe el derecho penal de autor y por ello también la sanción especial que se haga a una persona en consideración a sus características personales.

1.2.7. Señala que la norma también afecta el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, consagrado en los artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13 y 214 de la Constitución política, por cuanto consagra una pena desproporcionada sin una justificación objetiva y razonable en contra de los miembros de las Fuerzas Armadas y de los organismos de seguridad del Estado.

1.2.8. Considera que la sanción contemplada en la norma demandada no cumple con los criterios de razonabilidad, dada la invalidez del objeto perseguido con la aplicación de la causal de agravación del delito de concierto para delinquir.

1.3. INTERVENCIONES

1.3.1. Intervención de la Universidad de los Andes

El Director del Área penal del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes solicita que se declare la constitucionalidad de la norma demandada por las siguientes razones:

1.3.1.1. Señala que el demandante no tiene razón al afirmar que la expresión acusada vulnera el principio de igualdad, ya que el legislador puede ejercer su potestad de configuración y establecer tratamientos distintos ante situaciones de hecho diferentes, sin que esto sea una vulneración al derecho de igualdad.

1.3.1.2. Afirma que tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en diversas ocasiones, un trato diferenciado frente a dos situaciones diferentes no constituye siempre una discriminación, ya que el derecho a la igualdad debe establecer una identidad entre los iguales y diferencia entre los desiguales.

1.3.1.3. Sostiene que es posible que una norma jurídica no pueda realizar regulaciones diferentes frente a supuestos iguales, pero si puede hacerlo frente a supuestos diferentes.

1.3.1.4. Manifiesta que en el presente caso el trato desigual que contiene la medida se fundamentó en un supuesto de hecho real y concreto que consiste en quien se concierte, pacte, acuerde o convenga la comisión de delitos u organice, instruya, entrene o equipe a personas en actividades ilícitas, ostentando la posición de un miembro activo o retirado de la fuerza pública o de organismos de seguridad del Estado debe ser sancionado con una pena mayor dada la garantía que sobre ellos deposita una sociedad.

1.3.1.5. Señala que la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública está

establecida en los artículos 2, 217, y 218 de la Constitución Política asignándoles a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional una posición de garante.

1.3.1.6. Afirma que para que el derecho a la igualdad sea real y efectivo se debe valorar si el trato diferenciado derivado de la norma que se estudia, se realiza sobre situaciones similares o por el contrario si el trato distinto proviene de situaciones diversas como es la situación que plantea la norma acusada.

1.3.1.7. Manifiesta que en la Sentencia C-365 de 2012, en la cual se habla del principio de culpabilidad y se hace una distinción entre el Derecho penal de acto y el Derecho penal de autor, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

1.3.1.8. Señala que conforme a la confianza que deposita la sociedad en la fuerza pública o en miembros de seguridad del Estado, quienes deben garantizar la seguridad, una vez esta se ve comprometida por cualquier miembro de esa organización, pone en riesgo la seguridad pública por lo que la sanción punitiva por defraudar dichas expectativas debe ser más severa.

1.3.1.9. Afirma que por la libertad de configuración que tiene el legislador se buscó garantizar que la Fuerza Pública o los miembros de organismos de seguridad del Estado, mantengan la obligación de impedir el desconocimiento de las normas y derechos.

1.3.1.10. Señala finalmente, que cuando algún miembro activo o retirado participa en la comisión de delitos, sea porque activamente interviene en ellas u omite el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, se presenta una violación a la posición de garante y de las condiciones mínimas y básicas de una organización estatal y por ello la sanción punitiva más severa está más que legitimada.

1.3.2. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

La apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho, solicita que se declare la constitucionalidad de las normas acusadas por las siguientes razones:

1.3.2.1. Considera que el legislador ha querido darle especificidad al objetivo de la conducta del autor, por lo que al valorar el comportamiento y compararlo frente al tipo penal de concierto para delinquir, se debe verificar si el acuerdo de los agentes se

encaminó a la comisión de alguna actividad delictiva en general, de acuerdo al primer inciso, o las que taxativamente señala el inciso segundo en particular.

1.3.2.2. Afirma que el legislador tiene la potestad legítima de configuración en materia penal con el fin de prevenir el daño social que genera el concierto para delinquir, por lo que resulta válido el aumento de la pena de una tercera parte a la mitad cuando el delito se comete por miembros activos o retirados de la Fuerza pública o de organismos de seguridad del Estado.

1.3.2.3. Señala que de acuerdo a lo planteado por el profesor Fernando Tocora y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional no resulta discriminatorio con relación a los miembros activos y a los ex integrantes de la Fuerza pública consagrar un aumento punitivo si cometen el delito de concierto para delinquir.

1.3.2.4. Afirma que la agravación punitiva del concierto para delinquir prevista para los miembros de la Fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado que cometan esa conducta está justificada por la Constitución en la libertad de configuración del legislador.

1.3.2.5. Manifiesta que la calidad de miembro de la Fuerza pública en ejercicio de funciones relacionadas o no con el servicio es un elemento fundamental para determinar la competencia de la justicia penal ordinaria o de la justicia penal militar para conocer del delito, por lo que no hay violación del principio de igualdad, ya que tanto el Código Penal como el Código Penal Militar contemplan garantías al derecho de defensa y contradicción como desarrollo del debido proceso en condiciones de igualdad para unos y otros.

1.3.2.6. Señala que la norma acusada se clasifica como un tipo penal en blanco, no se puede leer aisladamente como se pretende, sino dentro del contexto correspondiente y con referencia a los delitos a los cuales se refiere. Adicionalmente, indica que la norma constituye en sí misma un agravante de la conducta.

1.3.3. Intervención del Ministerio de Defensa Nacional.

La apoderada del Ministerio de Defensa Nacional solicita que se declare la exequibilidad de la norma demandada por los siguientes motivos:

1.3.3.1. Señala que el régimen penal militar se puede considerar como un conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla un catálogo de conductas cuyo incumplimiento genera unas sanciones.

1.3.3.2. Afirma que este régimen no pretende sino hacer efectivos los principios de legalidad, debido proceso, igualdad material y equidad a partir del establecimiento de condiciones que permitan un régimen penal en el que se reconozcan los derechos fundamentales de todas las personas.

1.3.3.3. Manifiesta que el principio de legalidad en materia penal constituye una conquista del constitucionalismo al ser una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, protegiendo además la libertad individual, controlando la arbitrariedad judicial y asegurando la igualdad de las personas ante el poder punitivo estatal.

1.3.3.4. Señala que el legislador sólo puede tipificar como conductas relevantes en lo disciplinario los comportamientos que afecten los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas, así mismo indica que el fundamento de la imputación y como consecuencia el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público.

1.3.3.5. Indica que la política criminal se articula en normas penales, ya que tal y como lo ha señalado esta Corporación en sentencia C-504 de 1993 la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado. Así mismo, señala la relación existente entre la política criminal y la Constitución ya que ha existido una constitucionalización de aspectos medulares del Derecho penal en materia sustantiva y procedimental.

1.3.3.6. Afirma que de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional, la política criminal debe concebirse dentro de los límites materiales que señala la constitución, pero más allá de esos límites, el legislador tiene una potestad de configuración amplia que le permite trazar la orientación de la política criminal mediante la expedición de leyes.

1.3.3.7. Señala que en el presente caso no se ha demandado la razonabilidad de los códigos, sino que se debe analizar si el Código penal como el Código de Procedimiento Penal son manifestaciones del diseño de la política criminal del Estado, y sostiene que sí lo

son.

1.3.3.8. Manifiesta finalmente que el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal son articulaciones de la política criminal del Estado, por lo que son infundados los cargos contra la Ley 599 de 2000 y la Ley 600 de 2000, basados en la falta de competencia del Fiscal General de la Nación para presentar los respectivos proyectos de ley, y señala que se debe declarar su constitucionalidad por tal motivo.

2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación presentó concepto en el cual solicita que la Corte declare la exequibilidad del artículo 342 de la Ley 599 de 2000 por las siguientes razones:

2.1. Señala que en diversas ocasiones la Procuraduría ha indicado que conforme a la Constitución y a lo señalado por la Corte Constitucional, el Legislador tiene un amplio margen de configuración en materia punitiva teniendo como límites el ordenamiento constitucional vigente y los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política y en los tratados internacionales de Derechos humanos.

2.3. Afirma igualmente que no encuentra de ninguna manera que la norma demandada haya vulnerado los derechos a la igualdad o al debido proceso.

2.4. Señala que el derecho fundamental al debido proceso de acuerdo a lo manifestado en la Constitución Política, es un derecho que se debe aplicar a todas las actuaciones judiciales y administrativas y que no incide en la libertad de configuración en materia penal, sino únicamente en lo que tiene que ver con el principio de tipificación (legalidad).

2.5. Afirma que los reproches del demandante son irrelevantes e insuficientes, ya que no demuestran que el artículo 342 de la Ley 599 de 2000 consagre una causal de agravación ininteligible o confusa que se deba someter al criterio subjetivo del juez, sino que solo manifiesta su inconformidad frente a dicha norma señalando que es desproporcionada e injustificada.

2.6. Manifiesta que el legislador no debe justificar cada una de sus decisiones de

política legislativa en materia penal y que no todos los ciudadanos deben aprobar y compartir las razones que tiene el legislador para tipificar una conducta.

2.7. Señala que el hecho de establecerse una causal de agravación objetiva como el pertenecer o haber pertenecido a los organismos de seguridad del Estado o a la Fuerza Pública, no constituye una violación al derecho fundamental al debido proceso.

2.8. Indica que una norma de derecho sustancial como la demandada, no contraría la prohibición de establecer un Derecho penal de autor ya que no se está penalizando a la persona por ser quién, es sino que se establece una situación concreta, objetiva y verificable, que para el legislador conductas como el concierto para delinquir y el entrenamiento para conductas ilícitas deben tener una mayor sanción.

2.9. Afirma que de acuerdo al derecho a la igualdad, como el artículo 342 del Código penal consagra un trato distinto a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública frente al resto de los ciudadanos, se hace una distinción de acuerdo a esa diferencia, lo cual constituye una situación concreta, específica y objetiva que distingue justamente a unos sujetos de los otros.

2.10. Señala que el legislador puede otorgar un trato diferenciador, de acuerdo a su potestad legislativa a aquellas personas que en razón de su trabajo, cargo o función en la sociedad y por la dignidad funcional que implica, tienen o tuvieron el deber de proteger el bien jurídico de la seguridad y el orden público castigándoles más severamente cuando de manera consciente y voluntaria se alíen con otros para cometer delitos o entrenarlos para infringir la Ley.

2.11. Manifiesta como ejemplo que el constituyente quiso darle un trato diferente a los miembros de la Fuerza Pública al establecer un fuero penal diferente, que es el fuero penal militar, relativo a los delitos cometidos por sus miembros que tengan relación con el servicio.

2.12. Indica que la acción de inconstitucionalidad tiene como propósito que se active la jurisdicción constitucional para que se ejerza un control de constitucionalidad sobre las leyes y decida si estas son o no respetuosas del ordenamiento constitucional, por lo que dicha acción no puede tener como objetivo que los ciudadanos hagan decir a la Ley lo que

consideren preferible, ideal o conveniente.

2.13. Señala que es contrario a la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad que se pretendan fijar los elementos sustanciales de un tipo penal o que se establezcan las causales de agravación punitiva para un caso específico, ya que permitir estas pretensiones constituiría una extralimitación de la Corte y una vulneración de los derechos y competencias del Legislador.

3. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 342 de la Ley 599 de 2000.

3.2. ASUNTOS PRELIMINARES

3.2.1. INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA

3.2.1.1. La cosa juzgada constitucional se puede definir como el carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional[1], cuyo principal efecto es que una vez esta Corporación se ha pronunciado de fondo sobre la exequibilidad de un determinado precepto, no puede volver a ocuparse del tema[2]. La Corte ha explicado que existe cosa juzgada absoluta, “cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional”[3]. Por su parte, la cosa constitucional relativa se presenta “cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”[4].

3.2.1.2. La doctrina constitucional ha previsto tres (3) excepciones al alcance de la cosa juzgada constitucional[5]:

(i) La cosa juzgada relativa implícita, frente a la cual esta Corporación ha señalado:

“Puede suceder que la Corte haya declarado la exequibilidad de una disposición legal solamente desde el punto de vista formal, caso en el cual la cosa juzgada operará en relación con este aspecto quedando abierta la posibilidad para presentar y considerar nuevas demandas de inconstitucionalidad por su contenido material; o bien puede acaecer que la Corte al declarar la exequibilidad de una norma haya limitado su decisión a un aspecto constitucional en particular o a su confrontación con determinados preceptos de la Carta Política, situación en la cual la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia”[6].

(ii) La cosa juzgada aparente, que se presenta “si pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales”[7].

(iii) Por su parte, la doctrina de la Constitución viviente consiste en “una posibilidad, en todo caso excepcionalísima, de someter nuevamente a análisis de constitucionalidad disposiciones sobre las cuales existe un pronunciamiento de exequibilidad, en la que dicha opción concurre cuando en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma”[8].

3.2.1.3. La situación es más compleja cuando en un pronunciamiento previo la Corte declaró exequible la disposición acusada. En estos casos, como ha indicado esta Corporación, para que pueda hablarse de la existencia de cosa juzgada en estricto sentido, es preciso que la nueva controversia verse: (i) sobre el mismo contenido normativo de la misma disposición examinada en oportunidad previa por la Corte Constitucional, y (ii) sobre cargos idénticos a los analizados en ocasión anterior.[9]

3.2.1.4. La identidad de cargos implica un examen tanto de los contenidos normativos constitucionales frente a los cuales se llevó a cabo la confrontación, como de la

argumentación empleada por el demandante para fundamentar la presunta vulneración de la Carta; mientras la identidad de contenidos normativos acusados demanda revisar el contexto normativo en el que se aplica la disposición desde el punto de vista de la doctrina de la Constitución viviente[10].

3.2.1.5. Si bien esta Corporación no ha analizado la constitucionalidad de la norma demandada, por lo cual en este caso no se presenta una cosa juzgada formal, deben realizarse una serie de precisiones especiales que descartan también la configuración de una cosa juzgada material.

3.2.1.6. El Decreto 1194 de 1989 tipificó los delitos de promoción y dirección de escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada[11], pertenencia a estos grupos[12] y entrenamiento militar para el desarrollo de actividades delictivas[13], así como también creó una causal de agravación para las conductas punibles anteriores “Cuando las conductas descritas en el presente Decreto sean cometidas por miembros activos o retirados de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional o de organizaciones de seguridad del Estado”[14].

3.2.1.7. Este Decreto fue adoptado como legislación permanente mediante el Decreto 2266 de 1991, el cual fue posteriormente demandado ante la Corte Constitucional por los ciudadanos María Consuelo del Río Mantilla y Reinaldo Botero Bedoya, quienes plantearon 3 cargos distintos:

(i) Violación al principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa* por considerar que “todas las disposiciones contenidas en el Decreto 2266 de 1.991 contienen tipos penales abiertos, abstractos, ambiguos e indeterminados, motivadores de una facultad discrecional para el juzgador a efecto de que legisle sobre la tipicidad y la culpabilidad, determinando la existencia del hecho punible atendiendo a valoraciones subjetivas”[15].

(ii) Violación del principio de igualdad ante la ley al considerarse que las normas penales de excepción “las normas protectoras de derechos tanto en su forma descriptiva como en los mecanismos de ejecución para su cumplimiento deben estar revestidas de una generalidad tal que permita que los derechos de todos los ciudadanos se encuentren debidamente protegidos dentro de las mismas condiciones y circunstancias, pues la Constitución protege

valores generales” [16].

(iii) La derogación por la constituyente de los motivos fundantes para la expedición de este decreto de estado de sitio señalándose que “, no se entiende cómo a partir de la expedición de la nueva Carta de derechos y la derogatoria de esa medida exceptiva (Decreto 1684 del 4 de julio de 1.991), se mantengan vigentes normas que en su momento tenían como fundamento factores reales que hoy todavía subsisten sin necesidad de que para contrarrestarlos haya sido necesario volver a declarar turbado el orden público mediante un estado de excepción” [17].

3.2.1.8. La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del Decreto 2266 de 1991, con excepción de las expresiones “intendente”, “comisario”, “suplente”, “Concejos Intendenciales” “Concejos Comisariales”, “Subdirector Nacional de Orden Público” y “Director Seccional de Orden Público”, por las razones expuestas en dicho fallo, mediante la sentencia C - 127 de 1993.

3.2.1.9. La Ley 599 de 2000, cambió la configuración de los delitos que sancionan las asociaciones ilícitas, centrando su aplicación en el concierto para delinquir y el entrenamiento para actividades ilícitas y no consagró de manera específica los delitos de promoción y dirección de escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada y pertenencia a estos grupos. Finalmente el artículo 342 del Código Penal consagró una causal de agravación de los delitos de concierto para delinquir y entrenamiento para actividades ilícitas: “Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores sean cometidas por miembros activos o retirados de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad”.

3.2.1.10. De esta manera, la Ley 599 de 2000 consagró una causal de agravación muy similar a la contemplada en el artículo 4º del decreto 1194 de 1989 pero frente a conductas punibles muy distintas, pues mientras el artículo 342 del Código Penal agrava los delitos de concierto para delinquir y entrenamiento para actividades ilícitas, el artículo 4º del Decreto 1194 de 1989 agravaba los delitos de promoción y dirección de escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada pertenencia a estos grupos y el delito de entrenamiento para actividades ilícitas.

3.2.1.11. En este sentido, se considera que no existe cosa juzgada constitucional por los

siguientes motivos:

(i) En primer lugar, los cargos por los cuales fue declarado constitucional el Decreto 2266 de 1991 son completamente distintos a los que se plantean en la demanda en este proceso. En este sentido, mientras en la sentencia C - 127 de 1993 se estudió si la norma vulneraba el principio de legalidad y el principio de igualdad por desconocer el carácter general de la ley penal a través de la tipificación de delitos en una legislación de excepción, en el presente proceso se plantea si el legislador desbordó los límites impuestos por la Constitución en materia punitiva al consagrar un incremento automático injustificado de la pena del delito de concierto para delinquir cuando el sujeto activo sea miembro o ex miembro de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado.

(ii) En segundo lugar, si bien la redacción del artículo 4º del Decreto 2266 de 1989 es similar a la del artículo 342 de la Ley 599 de 2000, las dos (2) normas agravan conductas punibles distintas, pues el primero agrava la promoción y dirección de escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada pertenencia a estos grupos y el delito de entrenamiento para actividades ilícitas y el segundo de los delitos de concierto para delinquir y entrenamiento para actividades ilícitas.

Decreto 2266 de 1989

Ley 599 de 2000

Art. 2º: “La persona que ingrese, se vincule, forme parte o a cualquier título pertenezca a los grupos armados a que se refiere el artículo anterior, será sancionada, por este solo hecho, con pena de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los demás delitos que cometa a ejercicio de esa finalidad”.

Art. 340: “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir”.

Art. 3º: “El que instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de las actividades delictivas de los grupos anteriormente mencionados, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y en multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales”.

Art. 341: “Entrenamiento para actividades ilícitas. El que organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de actividades terroristas, de escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios, o los contrate, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y en multa de mil (1.000) a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Por lo anterior es evidente que no se configura cosa juzgada constitucional, por cuanto los cargos estudiados por la Corte en la sentencia C - 127 de 1993 fueron absolutamente distintos a los planteados por el demandante y además las dos (2) normas contemplan causales de agravación que se aplican a delitos distintos en el marco de legislaciones penales diferentes y especialmente de una forma de dosificación punitiva distinta contemplada en los artículos 60 y 61 del Código Penal, muy diferente a la señalada por el Decreto Ley 100 de 1980.

3.2.2. ANÁLISIS DE LA APTITUD DEL CARGO FORMULADO POR EL DEMANDANTE

3.2.2.1. El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos indispensables que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad[18].

Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición determinada debe indicar con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto.

3.2.2.2. Por otro lado, en la Sentencia C-1052 de 2001, la Corte señaló las características que debe reunir el concepto de violación formulado por el demandante, estableciendo que las razones presentadas por el actor deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, posición acogida por esta Corporación en jurisprudencia reiterada[19].

3.2.2.3. En este caso, el actor indicó con precisión el objeto demandado, el cual corresponde al artículo 342 de la Ley 599 de 2000; señaló las razones por las cuales la Corte Constitucional es competente y; explicó el concepto de la violación al expresar que el legislador desbordó los límites impuestos por la Constitución en materia punitiva al consagrar un incremento automático injustificado de la pena del delito de concierto para delinquir cuando el sujeto activo sea miembro o ex miembro de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado.

3.2.2.4. Así mismo, esta Corporación considera que el cargo señalado por el actor cumple con los requisitos indicados por la Corte Constitucional para configurar un cargo de constitucionalidad por las siguientes razones:

3.2.2.5. Se presenta el requisito de certeza, pues la afirmación del actor que es el punto de partida de la demanda es cierta, ya que efectivamente el artículo 342 consagra una causal de agravación del delito de concierto para delinquir por ser o haber sido miembro de la fuerza pública sin consideración al tiempo durante el cual prestaron sus servicios, ni al momento en el cual dejaron de prestarlos, ni sobre las funciones desempeñadas. El resto de afirmaciones, dirigidas a señalar que esta circunstancia constituye una manifestación del Derecho penal de autor proscrito por el artículo 29 de la Constitución y que afecta los principios de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad son precisamente el objeto de análisis de esta constitucionalidad.

3.2.2.6. Se configura el requisito de claridad, pues la demanda expone de manera comprensible y razonada sus argumentos.

3.2.2.7. Se presenta el requisito de pertinencia, pues los reproches realizados a la norma

son constitucionales, teniendo en cuenta que se señala que la disposición acusada vulnera los artículos 13 y 29 de la Constitución Política.

3.2.2.8. Finalmente, se configura el requisito de suficiencia, pues la demanda ha generado una duda sobre la constitucionalidad de la norma acusada. En este sentido se resalta que en reiteradas oportunidades esta Corporación ha considerado relevante analizar la constitucionalidad de las causales de justificación consagradas en el Código penal, analizado si las mismas son proporcionales y razonadas, tal como se hizo en las sentencias: C-013 de 1997[20], C-087 de 1997[21] C - 1080 de 2002[22] C-535 de 2006[23] C-115 de 2008[24] C-029 de 2009[25] C-521 de 2009[26] y C-100 de 2011[27].

En este sentido, la suficiencia hace referencia simplemente a que las razones de la demanda “contengan todos los elementos fácticos y probatorios que son necesarios para adelantar el juicio de inconstitucionalidad, de forma que exista por lo menos una sospecha o duda mínima sobre la constitucionalidad del precepto impugnado”[28]. Por lo anterior, la Corte Constitucional en una línea consolidada y reiterada muy recientemente[29] ha señalado que el examen de los requisitos adjetivos de la demanda de constitucionalidad no debe ser sometido a un escrutinio excesivamente riguroso y que debe preferirse una decisión de fondo para privilegiar la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte:

“3.3. No obstante, también ha resaltado, con base en el principio pro actione que el examen de los requisitos adjetivos de la demanda de constitucionalidad no debe ser sometido a un escrutinio excesivamente riguroso y que debe preferirse una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte[30]. Este principio tiene en cuenta que la acción de inconstitucionalidad es de carácter público, es decir abierta a todos los ciudadanos, por lo que no exige acreditar la condición de abogado[31]; en tal medida, “el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo.”[32]

3.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

El ciudadano Santiago Alberto Gutiérrez Valencia, considera que el artículo 342 de la Ley 599 de 2000, vulnera los artículos 13 y 29 de la Constitución Política al señalar que el legislador desbordó los límites impuestos por la Constitución en materia punitiva al consagrar un incremento automático injustificado de la pena del delito de concierto para delinquir cuando el sujeto activo sea miembro o ex miembro de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado.

En este sentido, el actor afirma que la norma demandada permite que el incremento se aplique sin que los hechos tengan relación con sus funciones, sin consideración al tiempo durante el cual prestaron sus servicios, ni al momento en el cual dejaron de prestarlos, consagrando simplemente una forma de Derecho penal de autor, proscrito por el artículo 29 de la Constitución y vulnerando el derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad consagrado en los artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13 y 214 de la Constitución Política, por cuanto establece una pena desproporcionada sin una justificación objetiva y razonable en contra de los miembros de las Fuerza Pública y de los organismos de seguridad del Estado

Para abordar este problema jurídico esta Corporación analizará: (i) la libertad de configuración del legislador en materia penal, (ii) la libertad de configuración en la determinación de las causales de agravación y atenuación, (iii) la criminalidad organizada, (iv) el concierto para delinquir y (v) la norma demandada.

3.4. LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL

3.4.1. Fundamento y alcance

3.4.1.1. El legislador tiene competencia exclusiva en la definición de la política criminal del Estado[33] que encuentra claro respaldo en el principio democrático y en la soberanía popular (C.P. arts. 1º y 3º), razón por la cual, corresponde a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, determinar, dentro de los marcos de la Constitución Política, la orientación del Estado en estas materias[34].

3.4.1.2. El ejercicio de dicha facultad genérica, tiene fundamento en la denominada

cláusula general de competencia según la cual corresponde al órgano legislativo “hacer las leyes”, lo que a su vez comporta la posibilidad de interpretarlas, modificarlas y derogarlas. (C.P., art. 150 y 114)[35]. Específicamente, en relación con las normas del Código penal, el Congreso de la República tiene una facultad expresa y específica de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones[36].

3.4.1.3. De acuerdo al principio democrático la definición de cuáles comportamientos son delictivos debe ser hecha por los representantes del pueblo. Por ello, tal y como lo ha señalado la doctrina y lo ha reconocido esta Corte[37], el principio de legalidad se encuentra vinculado a otro principio, que es la “representación popular en la definición de las políticas criminales”, en virtud de la cual “sólo los órganos de representación popular y origen democrático pueden definir conductas delictivas”[38].

3.4.1.4. La Corte ha reconocido el amplio margen con el que cuenta el legislador para determinar el contenido concreto del Derecho penal, en desarrollo de la política criminal del Estado [39].

3.4.1.5. En ejercicio de esta competencia, corresponde al legislador determinar las conductas punibles y establecer el quantum de las penas correspondientes, de acuerdo con la valoración que haga de las diferentes conductas en el marco de la política criminal, así como es él quien puede señalar los casos en los que, dadas determinadas circunstancias, aquellas pueden disminuirse o aumentarse y los procedimientos para tal efecto[40], todo ello dentro del marco de la Constitución, y bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad[41].

3.4.1.6. En este sentido, la Corte ha señalado algunos aspectos que podría determinar el legislador en ejercicio de su libertad de configuración en materia penal:

“Por consiguiente, en ejercicio de la potestad de configuración normativa, el legislador puede adoptar - entre otras decisiones- las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, etc. Sin embargo, como se dijo anteriormente, el alcance de dicha regulación no puede comprometer la integridad de

los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución”[42].

3.4.2. Los límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal

La Constitución es un límite invariable y una fuente de inspiración y dirección del legislador en materias penales y sancionatorias[43]. Por lo cual, la Carta Fundamental establece valores, preceptos y principios a los cuales debe ceñirse el legislador en la elaboración de normas penales[44]:

3.4.2.1. En primer lugar, el principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del Derecho penal[45]. De acuerdo al principio de subsidiariedad “se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal”[46]; según el principio de ultima ratio “el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles” y finalmente, en virtud del principio de fragmentariedad “el Derecho penal solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos”[47]. Sobre este aspecto la Corte Constitucional ha señalado:

“La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la ultima ratio del derecho sancionatorio”[48].

Estos axiomas desarrollan el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han

fallado[49].

En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que el derecho penal debe ser un instrumento de ultima ratio para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado[50].

3.4.2.2. En segundo lugar, encontramos el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de acuerdo con el cual, el Derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos[51], es decir, para la protección de valores esenciales de la sociedad[52].

Sobre este principio la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones:

“3.2.2 Para efectos de la presente sentencia resulta relevante recordar que en esta materia la Corte ha hecho énfasis en que es al Legislador a quien corresponde determinar la política criminal del Estado[53] y que desde esta perspectiva, a él compete, por principio, efectuar una valoración en torno de 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”.

“La reserva legal, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático (Arts. 1º y 3º C. Pol.), en virtud de la cual la definición de las conductas punibles y sus sanciones, que constituyen una limitación extraordinaria a la libertad individual, por razones de interés general, está atribuida al Congreso de la República como órgano genuino de representación popular, lo cual asegura que dicha definición sea el resultado de un debate amplio y democrático y que se materialice a través de disposiciones generales y abstractas, impidiendo así la posibilidad de prohibiciones y castigos particulares o circunstanciales y garantizando un trato igual para todas las personas”[56].

El principio de legalidad está compuesto a su vez por una serie de garantías dentro de las cuales se encuentran: la taxatividad[57] y la prohibición de la aplicación de normas penales retroactivamente (salvo sean más favorables para el reo)[58]. En este marco cobra particular importancia el principio de taxatividad, según la cual, las conductas punibles

deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley[59]. En este sentido:

“En virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en que circunstancias una conducta resulta punible y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley. No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho”[60].

3.4.2.4. En cuarto lugar, el principio de culpabilidad, derivado de artículo 29 de la Carta Política y que en nuestro ordenamiento tiene las siguientes consecuencias:

(i) El Derecho penal de acto, por el cual “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente”[61]. Sobre este principio la Corte Constitucional ha señalado:

“La Constitución colombiana consagra el Derecho Penal de acto, en cuanto erige un Estado Social de Derecho, que tiene como uno de sus pilares el respeto de la dignidad humana (Art. 1º), asigna el carácter de valor fundamental a la libertad de las personas (preámbulo) en sus diversas modalidades o manifestaciones, destaca que todas las personas nacen libres (Art. 13) y que toda persona es libre (Art. 28) y preceptúa específicamente en relación con la responsabilidad penal que nadie puede ser reducido a prisión o arresto ni detenido sino por motivo previamente definido en la ley (Art. 28) y que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al “acto que se le imputa”, como también que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente “culpable”(Art. 29)” [62].

“En la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones sicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas no es relevante que aquel cometa infracciones, sino

que tenga la potencialidad de cometerlas. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción. Esta clase de Derecho, inspirado por la filosofía liberal y fundado en la dignidad humana, ha sido acogido por los regímenes políticos democráticos y encuentra fundamento en varios preceptos de la Constitución colombiana, entre ellos el Art. 29. Por sus fundamentos filosóficos y políticos, la responsabilidad derivada de esta última concepción del Derecho Penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisión de la conducta”[63].

(ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer[64].

(iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad[65].

3.4.2.5. En quinto lugar, los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal[66], de acuerdo con los cuales deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso:

“Ha precisado la Corte que dicha competencia, si bien es amplia, se encuentra necesariamente limitada por los principios constitucionales, y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad. Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad

de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales”[67].

3.4.2.6. Por último encontramos al bloque de constitucionalidad y a otras normas constitucionales que deben ser tenidas en cuenta en la redacción de las normas penales:

“Además de los límites explícitos, fijados directamente desde la Carta Política, y los implícitos, relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en la Carta, la actividad del Legislador está condicionada a una serie de normas y principios que, pese a no estar consagrados en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración, en la medida en que la propia Constitución les otorga especial fuerza jurídica por medio de las cláusulas de recepción consagradas en los artículos 93, 94, 44 y 53. Son éstas las normas que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad”[68].

De esta manera, el control que el juez constitucional ejerce sobre esas definiciones legislativas es un control de límites respecto del cumplimiento de estos principios[69].

3.5. LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CAUSALES DE AGRAVACIÓN Y ATENUACIÓN

3.5.1. Uno de los aspectos más importantes que debe establecer el legislador en virtud de su libertad de configuración en materia penal es la determinación de la pena aplicable a cada delito[70]. En este sentido, la dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, si bien corresponde a la Corte velar 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”[71].

3.5.2. El Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando se fundamente en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros:

“El ámbito de control en esta sede, se reduce entonces a realizar un juicio de proporcionalidad respecto del ejercicio de la potestad de configuración del Legislador en materia punitiva. Sobre el punto, la jurisprudencia constitucional ha deducido el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”, de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales). La Corte ha concluido entonces que “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”[72]. Igualmente la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando “se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”[73].

3.5.3. En el sistema penal colombiano, la determinación de la pena se realiza en virtud de un sistema complejo que comienza con la determinación del rango punitivo mediante el establecimiento legal de un mínimo y un máximo de pena para cada conducta punible de acuerdo con la ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso y del grado de culpabilidad:

“Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución. Quiere decir esto, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; e igualmente, puede contemplar la creación de mecanismos que, orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad. (...)”[74].

3.5.4. Posteriormente es necesario establecer las causales de agravación o de atenuación de cada delito, dentro del marco de la política criminal y del principio de proporcionalidad anotado[75]:

“5. Por otra parte, esta corporación ha señalado que en el desarrollo de la función de determinar las conductas punibles y las penas correspondientes, con fundamento en la cláusula general de competencia derivada de los Arts. 114 y 150 superiores, el legislador goza de una potestad amplia de configuración normativa, que le permite crear o excluir conductas punibles, fijar la naturaleza y la magnitud de las sanciones, lo mismo que las causales de agravación o de atenuación de éstas, dentro del marco de la política criminal que adopte.

Igualmente, la Corte Constitucional ha indicado que dicha potestad no es, sin embargo, ilimitada, ya que está sometida a los límites establecidos por los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución y, en particular, por el principio de proporcionalidad” [76].

3.5.5. La Corte Constitucional ha analizado en reiteradas oportunidades la constitucionalidad de las causales de agravación del Código Penal determinando en la mayoría de los casos que son el ejercicio de la libertad de configuración del legislador:

(i) La Sentencia C-013 de 1997[77] declaró la exequibilidad de las causales de agravación

del abandono de menores y personas desvalidas, que tenía correspondencia con el artículo 248 del código penal de 1980 (Decreto - Ley 100 de 1980) el cual contenía una agravación para el abandono seguido de lesión o muerte.

En dicha sentencia la Corte Constitucional indicó que “Cabén aquí las mismas reflexiones expuestas en lo relativo a la competencia del legislador para plasmar los delitos, dentro del criterio, emanado de la Constitución y de los principios fundantes del Derecho, según el cual el Estado -con independencia de la forma en que lo haga- está obligado a prevenir, reprimir y sancionar los comportamientos que impliquen ataque a la vida de la persona. Los tipos penales que se prevén en las normas demandadas son todavía más graves que el aborto. Son crímenes de lesa humanidad, si se tiene en cuenta la indefensión extrema del niño recién nacido y la sangre fría que se requiere, por encima de toda circunstancia, para inferirle muerte o para abandonarlo.”[78]

(ii) La Sentencia C-087 de 1997[79] declaró exequible el numeral 1° del artículo 324 del Decreto-Ley 100 de 1980, que consagraba lo siguiente: “La pena será de cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere: 1. En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad.”.

En esa oportunidad la Corte señaló que “como condición de agravación de la pena es claro que corresponde al legislador fijarla, y por cuanto se trata de un factor que agrava la situación jurídica del sindicado no puede ser objeto de interpretaciones por vía de la analogía legis; es cierto que la Corte ha extendido el sentido del término hasta comprender situaciones no reguladas expresamente por él mismo; empero, en este caso, la analogía está prohibida por la misma Carta y mientras no medie mandato expreso del legislador no es posible darle otro alcance a la expresión empleada en el enunciado normativo del que hace parte la palabra que se dice inconstitucional.”[80]

(iii) La Sentencia C - 1080 de 2002[81] declaró exequible el artículo 384 que consagra las causales de agravación punitiva para los delitos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones cuando: “El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos”.

En dicha sentencia, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo demandado “dado que

la voluntad del Legislador fue claramente la de agravar el mínimo de las penas en las circunstancias a que alude el artículo 384 de la Ley 599 de 2000, el único condicionamiento que respeta la competencia y la voluntad expresada del Legislador es el de entender que en ningún caso podrá ser aplicada una pena que supere el máximo fijado en la Ley.”[82]

(iv) La Sentencia C-535 de 2006[83] declaró exequible el literal b), numeral 1° del artículo 384 que señala las causales de agravación para los delitos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones cuando la conducta se realice: “En centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores;”

Sobre esta disposición, la Corte Constitucional en la sentencia mencionada indicó: “Así, téngase en cuenta que la agravación punitiva se produce cuando la conducta se realiza bien sea valiéndose de la actividad de un menor, o de quien padezca trastorno mental, o de persona habituada, bien sea en centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores, o por parte de quien desempeñe el cargo de docente o educador de la niñez o la juventud, o en un inmueble que se tenga a título de tutor o curador, o cuando el agente hubiere ingresado al territorio nacional con artificios o engaños o sin autorización legal, sin perjuicio del concurso de delitos que puedan presentarse., o cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona o dos (2) kilos si se trata de sustancia derivada de la amapola, circunstancias todas en las que es la conducta específica de la persona a la que se aplica la norma la que es tomada en cuenta por el Legislador para señalar que en esos casos la pena a imponer no podrá ser inferior al doble de la pena mínima señalada en la Ley, lo que en algunos casos se traduce en la aplicación del máximo establecido por el Legislador, como ya se explicó”[84].

(v) La Sentencia C-115 de 2008[85] declaró exequible el artículo 110 del Código penal que contiene las circunstancias de agravación punitiva aplicables al homicidio culposo: “La pena prevista en el artículo anterior se aumentará: 1. Si al momento de cometer la conducta el

agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena. 2. Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión de la conducta, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena. 3. Si al momento de cometer la conducta el agente no tiene licencia de conducción o le ha sido suspendida por autoridad de tránsito, la pena se aumentará de una sexta parte a la mitad. 4. Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando pasajeros o carga pesada sin el lleno de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes. 5. Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando niños o ancianos sin el cumplimiento de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes.”

(vi) La Sentencia C-029 de 2009[86] declaró condicionalmente exequible de las causales de agravación contempladas en el numeral 1º del artículo 104, el numeral 4º del artículo 170, los numerales 1º y 4º del artículo 179, el numeral 3º del artículo 188-B y el numeral 1º del artículo 245 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que sus previsiones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

(vii) La Sentencia C-521 de 2009[87] declaró condicionalmente exequible el numeral 4º del artículo 211 del Código penal que consagra la causal de agravación para los delitos de actos sexuales abusivos y violación cuando “se realizare sobre persona menor de catorce (14) años.”, en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto.

(viii) La Sentencia C-100 de 2011[88] declaró condicionalmente exequible el numeral 5º del artículo 166 del Código Penal, que consagraba la causal de agravación de la desaparición forzada “cuando la conducta se cometa por razón y contra los parientes de las personas mencionadas en el numeral anterior, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.” en el entendido de que la circunstancia de agravación punitiva allí contemplada se aplica cuando la víctima de desaparición forzada es el o la cónyuge o el compañero o la compañera permanente de las personas aludidas en el numeral 4º de la citada disposición legal.

3.6. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

3.6.1. La criminalidad organizada funciona como una empresa y requiere como ella de elementos básicos como la existencia de normas internas, sistemas de comunicaciones especiales, división del trabajo, estructura jerárquica, rutinas y procedimientos estandarizados, competencias técnicas especializadas y profesionalización de sus miembros[89], lo cual potencia y multiplica su efectividad[90].

3.6.2. La criminalidad organizada tiene a su vez las siguientes características: (i) la concertación de varias personas para la comisión de delitos, (ii) con cierta organización (iii) estabilidad y permanencia; (iv) está dirigida a la comisión de delitos graves; (v) adopta una estructura compleja y (vi) tiene por objeto el beneficio o poder[91]. En este sentido, la criminalidad organizada constituye una empresa mundial que mueve miles de millones de dólares y que resulta una antítesis de la sociedad civil, tal como lo destaca el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional:

“Por el contrario, alineadas contra esas fuerzas constructivas, cada vez en mayor número y con armas más potentes, se encuentran las fuerzas de lo que denomino la “sociedad incivil”. Se trata de terroristas, criminales, traficantes de drogas, tratantes de personas y otros grupos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil. Sacan ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad. Esos grupos prosperan en los países con instituciones débiles y no tienen escrúpulos en recurrir a la intimidación o a la violencia. Su crueldad es la verdadera antítesis de lo que consideramos civil. Son poderosos y representan intereses arraigados y el peso de una empresa mundial de miles de millones de dólares; pero no son invencibles”.

3.6.3. De esta manera, el alcance de una organización criminal es mucho mayor al de la criminalidad individual, lo cual permite el sometimiento económico o político de sectores enteros de la sociedad, situación por la cual la comunidad internacional tiene un compromiso decidido para prevenir y luchar contra este fenómeno a través de diversos instrumentos y convenciones internacionales:

3.6.3.1. El primer antecedente de lucha contra la criminalidad organizada se dio en el marco del 5to. Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes, llevado a cabo el 1º de diciembre de 1975, en el cual se

expuso la importancia de prevenir y reprimir este fenómeno criminal.

3.6.3.2. Posteriormente, en la Conferencia Mundial Interministerial sobre el Crimen Organizado Transnacional, celebrada en Nápoles en noviembre de 1994 se adoptó la Declaración Política de Nápoles y el Plan de Acción Mundial contra la Delincuencia Transnacional Organizada, aprobada por la Asamblea General mediante Resolución 49/159 de 23 de diciembre 1994.

(i) Define el grupo delictivo organizado como “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”[92].

(ii) Exige la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado que puede constituirse cuando internacionalmente se cometan una de dos conductas:

“a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la

comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado”[93].

(iii) Contempla medidas para combatir conductas punibles que favorecen la criminalidad organizada como el lavado de activos[94] y la corrupción[95].

(iv) Exige a los Estados parte establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado[96].

(v) Contempla medidas de decomiso e incautación[97] y de cooperación internacional para la lucha contra la criminalidad organizada[98], especialmente en materia de extradición[99], asistencia judicial recíproca[100], intercambio de información[101] y protección de testigos[102].

3.7. EL CONCIERTO PARA DELINQUIR

3.7.1. Características generales

3.7.1.1. El concierto para delinquir se define como la celebración de un convenio con la finalidad de la organización de una sociedad que tiene por objeto asumir la actividad delictiva como su negocio, como su empresa:

“El concierto para delinquir en términos generales se define como la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito, se trata de la organización de dichas personas en una *societas sceleris*, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa, la cual, valga aclararlo, dado su objeto ilícito se aparta de los postulados del artículo 333 de la Carta Política que la reivindica y protege; lo anterior significa que no existe acuerdo previo entre sus miembros sobre los delitos específicos que cometerán, como tampoco sobre el momento, el lugar o las personas o bienes que se afectarán, si sobre lo que será su actividad principal: delinquir. Es decir, que la organización delictiva se establece con ánimo de permanencia, que el pacto o acuerdo que celebran sus integrantes es para desarrollar actividades contrarias a la ley, previa distribución entre sus miembros de acciones y responsabilidades que se

complementan para alcanzar un fin. Este tipo de organizaciones al margen y contra la sociedad, cuyo objeto específico es transgredir el ordenamiento jurídico, obviamente constituyen un peligro para la tranquilidad colectiva y atentan contra la seguridad pública, que son precisamente los bienes jurídicos que se pretenden proteger con su represión y castigo.”[103].

3.7.1.2. De esta manera, el concierto constituye una empresa criminal que tiene por objeto la realización de un grupo indeterminado de delitos y que debe distinguirse de la coautoría para la comisión de varios delitos determinados[104]. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar que para la configuración del delito de concierto para delinquir es necesario que el acuerdo verse sobre la realización de un número plural de actos para cometer varios delitos con continuidad y permanencia:

“La acción incriminada consiste en concertarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades para la realización de actos delictivos indeterminados, que en manera alguna puede ser momentáneo u ocasional, esto es, debe ostentar continuidad y permanencia, entendidas no como una duración ilimitada de ese designio delictivo común, sino como la permanencia en el propósito contrario a derecho por parte de los concertados, que se proyecta y renueva en el tiempo mientras la asociación para delinquir persista.” [105]

3.7.1.3. El delito de concierto para delinquir, presupone la existencia de una organización, conformada por un grupo de personas que se han puesto de acuerdo o han convenido llevar a cabo un número plural de delitos[106][107] y de este modo lesionar o poner en peligro indistintamente bienes jurídicos[108].

3.7.1.4. En consecuencia, lo esencial en el concierto para delinquir es la organización de una empresa criminal sin que sea necesario para su configuración alcanzar el cumplimiento de los fines criminales propuestos por la organización, por lo cual se consuma con el solo acuerdo[109], pues se trata de un delito de peligro contra la seguridad pública[110]. En este sentido, el concierto para delinquir es un delito independiente y distinto de los delitos específicos que comete la organización, los cuales podrán ser sancionados de manera autónoma.

3.7.1.5. De esta manera, se exige que se de una determinación hacia la actividad ilícita

pero sin llegar a la precisión de cada acción en tiempo y lugar[111]. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado igualmente que, a diferencia de la coautoría, en el concierto para delinquir el objeto del mismo es la realización de un grupo indeterminado de actos:

“En el concierto, la acción incriminada consiste en asociarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades con permanencia en el tiempo. En la coautoría ese arreglo voluntario puede ser momentáneo u ocasional; pues la comisión del ilícito constituye la consecuencia de un querer colectivo que se manifiesta en la decisión y realización conjunta de la acción típica determinada de antemano en toda su especificidad, bien concurriendo cada uno de los plurales agentes a realizar de manera integral y simultánea el comportamiento reprimido en la ley - coautoría propia-, o mediante una división de trabajo con un control compartido del hecho o con su codominio, de manera que cada coautor al brindar un aporte objetivo a la ejecución del delito realiza la voluntad colectiva”[112].

3.7.1.6. En este sentido, el concierto para delinquir requiere un ánimo de permanencia: “Es decir, que la organización delictiva se establece con ánimo de permanencia, que el pacto o acuerdo que celebran sus integrantes es para desarrollar actividades contrarias a la ley, previa distribución entre sus miembros de acciones y responsabilidades que se complementan para alcanzar un fin. Este tipo de organizaciones al margen y contra la sociedad, cuyo objeto específico es transgredir el ordenamiento jurídico, obviamente constituyen un peligro para la tranquilidad colectiva y atentan contra la seguridad pública, que son precisamente los bienes jurídicos que se pretenden proteger con su represión y castigo”[113]

3.7.1.7. De esta manera, se puede concluir que el concierto para delinquir exige tres (3) elementos constitutivos esenciales: “el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública”[114].

3.7.2. La tipificación del concierto para delinquir en el Derecho comparado

En todo el mundo se han consagrado conductas punibles con objeto de sancionar la reunión de varias personas para la colaboración de un grupo indeterminado de delitos:

3.7.2.1. En España se consagra el delito de colaboración con banda armada. El núcleo de este delito se integra por unas conductas de especial idoneidad y potencial eficacia del acto de favorecimiento enjuiciado en cuanto al elemento objetivo, exigiéndose el conocimiento y consentimiento al efectuar tal acto, de coadyuvar a la actividad terrorista como elemento subjetivo[115].

3.7.2.2. En Alemania, se tipifica el delito de asociaciones criminales en los §§ 128 y 129, conducta punible que se enmarca dentro de la Sección 7 referente a los delitos contra el orden público. Incluye de igual forma otros tipos penales referentes a las asociaciones como es el caso del § 127 que penaliza la participación en grupos armados. Finalmente debido a la enorme represión de la criminalidad política en el régimen jurídico-penal alemán se tipifica la participación y asociación de un partido político declarado inconstitucional.

En este país se sanciona de manera particular el delito de conformación de asociaciones terroristas (Bildung terroristischer Vereinigungen)[116] como una modalidad agravada del delito de conformación de asociaciones criminales (Bildung bewaffneter Gruppen)[117]. Este delito sanciona la conformación o participación en grupos criminales para la comisión de delitos de asesinato, homicidio, genocidio, delitos contra la libertad personal y delitos de peligro público.

3.7.2.3. El Código Penal Italiano castiga la criminalidad organizada partiendo del concepto de Asociación. No solo tipifica la Asociación para delinquir associazione per delinquere dentro de su título V (de los delitos contra el orden público), sino que castiga diferentes asociaciones de personas dentro del título de los delitos contra la personalidad del Estado en donde es característico la concertación para lograr la realización o planificación de una o varias conductas punibles. A través de la Ley n° 646 también es punible la Asociación Mafiosa y asociación terrorista, tipos penales creados para realizar una lucha directa frente a estos fenómenos criminales que han sido representativos de este país y han puesto en peligro su estabilidad democrática.

3.7.2.4. En Francia, el Código Penal tipifica la asociación ilícita para delinquir con el nombre de asociación de malhechores en el artículo 450.1. El Código Penal Francés dentro del libro IV que hace referencia a los crímenes y delitos contra la Nación, el Estado y la paz pública establece en el título V, la participación en una asociación de malhechores. Se consagra entonces como una asociación de voluntades para lograr o cometer conductas delictuales aun sin haberse realizado. La normatividad francesa sanciona el simple hecho de que concurren voluntades para preparar crímenes o delitos que estén castigados penalmente con un mínimo de cinco (5) años de prisión. Se exige que el grupo se haya establecido para la preparación de uno o más delitos castigados con más de 5 años de prisión. Por último tipifica de forma singular la asociación con fines terroristas.

La ley 96-647 de 22 de julio de 1996 introdujo una modificación del delito por medio del cual se sanciona la participación en un grupo que se dedique a la comisión de actos terroristas[118].

3.7.3. La tipificación del concierto para delinquir en Colombia

3.7.3.1. El primer antecedente de la tipificación del concierto para delinquir en Colombia se dio con la consagración del delito de Cuadrilla de malhechores dentro de los delitos que ponían en peligro la tranquilidad y el orden público en el Código penal de 1837.

3.7.3.2. La Ley 112 de 1873 tipificó también el delito de cuadrilla de malhechores exigiendo para su configuración una reunión de al menos cuatro (4) personas para la comisión de delitos: “Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o mas personas mancomunadas para cometer juntas o separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o propiedades sean publicas y privadas”, redacción que se conservaría en el Código Penal de 1890.

3.7.3.3. La Ley 190 de 1922 tipificó el delito de asociación de malhechores definiéndolo como “la asociación de no menos de cinco personas para cometer delitos contra la fe pública, la seguridad pública, la administración de justicia, las buenas costumbres, el orden de la familia, las personas o sus propiedades”

3.7.3.4. El Código penal de 1936 (Ley 205 de 1936) Penal consagró el delito de asociación o banda organizada, exigiendo para su comisión la asociación o banda de al menos tres (3)

personas con el propósito de cometer delitos que se agravaba frente a los jefes y directores de la organización: “El que haga parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y reciproca ayuda de los asociados, incurrirá en prisión de uno a tres años, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los delitos que cometa. Tal pena se aumentara hasta en una tercera parte para los que actúen como jefes o directores de la asociación”[119].

3.7.3.5. El Decreto 2525 del 21 de octubre de 1963 realizó una modificación de este delito, sancionando además de las modalidades consagradas en el Código penal de 1936 a quienes sean sorprendidos armados en el momento de cometer o intentar cometer una serie de delitos graves y a quienes fueren encontrados, en número de tres o más, recorriendo armados poblaciones, campos, vías públicas o caminos, si tuvieren antecedentes penales o hicieren resistencia a la autoridad:

“Cuando tres o mas personas se asocien con el propósito de cometer delitos, cada una de ellas incurrirá, por ese solo hecho, en la pena de cinco a catorce años de presidio, sin perjuicio de la sanción que corresponda por los demás delitos que cometa.

A la misma pena quedarán sujetos quienes fueren sorprendidos armados, en número de tres o mas, en el momento de cometer o intentar cometer homicidio, robo, extorsión, secuestro, violencia carnal o algún delito contra la salud e integridad colectivas, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por estos delitos, o quienes fueren encontrados, en número de tres o más, recorriendo armados poblaciones, campos, vías públicas o caminos, si tuvieren antecedentes penales o hicieren resistencia a la autoridad.

La pena se aumentara de una tercera parte a la mitad para los promotores, organizadores, jefes o directores de la asociación o banda,

El que, fuera de los casos de concurso en el delito y encubrimiento diere refugio o auxiliare en cualquier forma a alguna o algunas de las personas que participen en la asociación o banda, será sancionado con la pena de dos a cuatro años de prisión. Esta sanción se aumentara al doble, si el refugio o auxilio se suministraren en forma reiterada,

En los casos previstos en el inciso anterior no habrá lugar a responsabilidad penal si el

refugio o auxilio se diere al cónyuge o a un pariente dentro del cuarto grado con consanguinidad o segundo de afinidad”[120].

3.7.3.6. El Código Penal de 1980 modificó completamente el delito dirigido a sancionar la asociación ilícita simplificando su redacción y lo denominó concierto para delinquir, aumentando la pena para quienes promuevan, encabecen o dirijan el concierto:

“Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Si actuaren en despoblado o con armas, la pena será prisión de tres (3) a nueve (9) años.

La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan el concierto”[121].

3.7.3.7. En la década de los ochenta la grave situación de orden público motivó la declaratoria del estado de sitio y la expedición de diversos decretos que tipificaban conductas punibles que sancionaban algunas modalidades de asociaciones ilícitas dentro de las cuales cabe mencionar los delitos de promoción y dirección de escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, la pertenencia a estos grupos, el entrenamiento para actividades ilícitas y la agravación de estas conductas:

“Artículo 1o. Quien promueva, financie, organice, dirija, fomente o ejecute actos tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares, será sancionado por este solo hecho con pena de prisión de veinte (20) a treinta (30) años y multa de cien (100) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 2o. La persona que ingrese, se vincule, forme parte o a cualquier título pertenezca a los grupos armados a que se refiere el artículo anterior, será sancionada, por este solo hecho, con pena de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los demás delitos que cometa a ejercicio de esa finalidad.

Artículo 3o. El que instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de las actividades delictivas de los grupos anteriormente mencionados, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y en multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 4o. cuando las conductas descritas en el presente Decreto, sean cometidas por miembros activos o retirados de las Fuerzas Militares o de Policía nacional o de organismos de seguridad del Estado, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad”.

3.7.3.8. La Ley 365 de 1995 agregó una causal de agravación y modificó el delito de concierto para delinquir “cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales”.

3.7.3.9. La Ley 599 de 2000 derogó expresamente en su artículo 474 los tipos penales contemplados en normas especiales (también llamados paratipos) y tipificó el concierto para delinquir con una redacción muy similar a la del Código penal de 1980:

“Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses y multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para

delinquir”[122].

Adicionalmente consagró autónomamente el delito de entrenamiento para actividades ilícitas y consagró una causal de agravación en el artículo 342 aplicable “Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores sean cometidas por miembros activos o retirados de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad”.

3.7.3.10. Las Leyes 733 de 2002 y 1121 de 2006 modificaron el segundo inciso del artículo 340 del Código Penal agregando otros delitos a través de los cuales se puede cometer el concierto para delinquir agravado y aumentado la pena de esta conducta punible:

“Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados, con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

3.8. ANÁLISIS DE NORMA DEMANDADA

3.8.1. La norma demandada consagra una agravación de los delitos de concierto para delinquir y entrenamiento para actividades ilícitas cuando sean cometidas por miembros activos o retirados de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado.

3.8.2. La determinación de la pena se realiza en virtud de un sistema complejo que comienza con la determinación del rango punitivo que se realiza de acuerdo con la ponderación del daño social que genera el hecho y de la culpabilidad del sujeto activo[123].

Las causales que agravan la conducta cuando el sujeto activo es o ha sido miembro pueden explicarse precisamente en virtud de estos cuatro (4) criterios:

(i) Desde el punto de vista de la lesividad específica el delito de concierto para delinquir tutela el bien jurídico de la seguridad pública[124], cuya protección ha sido

confiada de manera específica a las Fuerza Pública y a los organismos de seguridad del Estado. En este sentido, esta Corporación ha señalado que la Fuerza Pública tiene por principal función proteger a la población y actuar con firmeza contra quienes atentan contra el orden constitucional:

“En cumplimiento de su función primigenia de proteger a la población, la Fuerza Pública debe desplegar sus actividades con la firmeza y la contundencia adecuadas para someter a quienes subvierten el orden constitucional y desafían el principio democrático, según el cual se confía al Estado el monopolio del uso legítimo de las armas”.

Por lo anterior, es evidente que cuando el concierto para delinquir es cometido por un miembro activo o retirado de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado presenta una lesividad adicional por cuanto es cometida por aquellas personas que tienen o han tenido la función de garantizar la seguridad pública y proteger a la población.

(ii) Desde el punto de la lesividad general causada, es decir, del daño social, la conducta cometida por estas personas causa un perjuicio adicional, pues además de lesionar el bien jurídico de la seguridad pública, vulnera la confianza de los individuos en una institución tan importante para la sociedad como la Fuerza Pública, lo cual tiene muy serias consecuencias en el tejido social y en el respeto por las normas jurídicas.

(iii) Desde el punto de vista criminológico, la causal de agravación demandada responde a la teoría de los delitos de cuello blanco, pues se dirige a la criminalización de personas que han tenido una posición especial en la sociedad en virtud de la cual han adquirido conocimientos y destrezas especiales para proteger a la sociedad que terminan manipulando para atentar contra ésta.

Desde el punto de vista político criminal, el pertenecer o haber pertenecido a las fuerzas militares puede facilitar conocimientos especiales estratégicos en el manejo de armas, estrategias y personal que generan una mayor lesividad si se utilizan para afectar los derechos de los ciudadanos.

En este sentido, la Corte Interamericana de derechos humanos ha señalado en múltiples fallos la gravedad de aquellos eventos en los cuales los miembros de la fuerza pública realizan alianzas con los grupos al margen de la ley, tal como se destacó en los casos:

diecinueve (19) comerciantes vs. Colombia[125], Masacre de Pueblo Bello contra Colombia[126], Masacre de Mairipán contra Colombia[127] y Masacre de La Rochela contra Colombia[128]. En esta última sentencia, la Corte Interamericana destacó especialmente que uno de los principales factores que determinaron la gravedad de los hechos fue la participación de agentes de las fuerzas armadas:

“Resulta de gran relevancia destacar que uno de los principales factores que determinan la gravedad de los hechos de este caso es que el Estado es responsable de una masacre perpetrada contra sus propios funcionarios judiciales cuando se encontraban cumpliendo con su deber de investigar graves violaciones de derechos humanos, y que en dicha masacre inclusive participaron agentes estatales pertenecientes a las fuerzas armadas”[129].

Por lo anterior, la participación de los agentes del Estado Colombiano y en este caso de la Fuerza Pública ha tenido graves consecuencias para nuestro país, pues ha sido determinante para la condena del Estado Colombiano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al pago de indemnizaciones y además ha afectado el prestigio de nuestras instituciones públicas a nivel internacional.

(iv) Finalmente, desde el punto de vista de la culpabilidad, cuando una persona tiene una posición especial en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio, la pena imponible puede ser mayor al considerarse que en algunos casos la sociedad espera más de estas personas en relación con la observancia de la ley y el respeto al orden jurídico:

“Desde el punto de vista material la norma no consagra una causal de agravación punitiva que pueda tildarse de injusta o discriminatoria, ya que, si bien hace más difícil la situación de ciertas personas ante la aplicación de la ley penal, no lo establece así gratuitamente sino a partir de diferencias relevantes que precisamente llevan a considerar que, dentro de la sociedad, los individuos de quienes se trata son precisamente los “distinguidos”, esto es, los que sobresalen por cualquiera de los factores enunciados, colocándolos en un nivel privilegiado frente a los demás. Es precisamente de ellos -a quienes más se ha dado- de quienes más se espera en lo relativo a la observancia de la ley y el respeto al orden jurídico. No puede ser mirada ni evaluada en la misma forma por el legislador ni por el juez la

conducta de un individuo común que la de aquél que, precisamente por su puesto dentro de la escala social, tiene una mayor responsabilidad hacia el conglomerado y a quien se mira por muchos como paradigma y guía de conducta. Si, no obstante su jerarquía o su importancia, vulnera las reglas de convivencia, con mucho mayor conocimiento acerca del daño que su comportamiento causa, es natural que se le aplique una mayor severidad en el juicio y en la tasación de la pena”[130].

En este aspecto, el deber de los miembros de la Fuerza Pública y de los organismos de seguridad el Estado de no afectar el orden público es mayor, pues su obligación es precisamente velar por la protección de los ciudadanos

De esta manera, la norma demandada simplemente desarrolla de manera razonable y proporcionada la libertad de configuración del legislador en materia penal.

4. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el artículo 342 de la Ley 599 de 2000.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrada

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Ausente en comisión

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente en comisión

NILSON PINILLA PINILLA

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencia de la Corte Constitucional C-028 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[2] Sentencia de la Corte Constitucional C-079 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[3] Sentencia de la Corte Constitucional C-469 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. C-542 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. C-310 de 2002; C-978 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-819 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-061 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-729/09, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-406 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-149 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-647 de 2006, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-310 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[5] Sentencia de la Corte Constitucional C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil

[6] Sentencias de la Corte Constitucional C-153 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-798 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Dr. Jaime Córdoba Triviño y ; C-237 A de 2004, M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa;

[7] Sentencias de la Corte Constitucional C-931 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla y C-260 de 2011, M.P. Jorg Iván Palacio Palacio.

[8] Sentencia de la Corte Constitucional C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil

[9] Sentencia de la Corte Constitucional C-228 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[10] Sentencia de la Corte Constitucional C-220 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[11] Art. 1º del Decreto 1194 de 1989: “Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, quien promueva, financie, organice, dirija, fomente o ejecute actos tendientes a obtener a obtener la formación o ingresos de personas a grupos

armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares, será sancionado por este solo hecho con pena de prisión de veinte (20) a treinta (30) años y multa de cien (100) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales”.

[12] Art. 2º del Decreto 1194 de 1989: “La persona que ingrese, se vincule, forme parte o a cualquier título pertenezca a los grupos armados a que se refiere el artículo anterior, será sancionado, por este solo hecho, con pena de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los demás delitos que cometa en ejercicio de esa finalidad”.

[13] Art. 3º del Decreto 1194 de 1989: “El que instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de las actividades delictivas de los grupos anteriormente mencionados, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y en multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales”.

[14] Art. 4 del Decreto 1194 de 1989.

[15] Sentencia de la Corte Constitucional C - 127 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[16] Sentencia de la Corte Constitucional C - 127 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[17] Sentencia de la Corte Constitucional C - 127 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[18] Artículo 2º del Decreto 2067 de 1991: “Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue

quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.”

[19] Ver entre otras las Sentencias de la Corte Constitucional: C - 480 de 2003, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño; C - 656 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C - 227 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; C - 675 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentarías; C - 025 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C - 530 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C - 641 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C - 647 de 2010, M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva; C - 649 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C - 819 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C - 840 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C - 978 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C - 647 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y C - 369 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[20] Sentencia de la Corte Constitucional C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[21] Sentencia de la Corte Constitucional C-087 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

[22] Sentencia de la Corte Constitucional C-1080 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis

[23] Sentencia de la Corte Constitucional C-535 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[24] Sentencia de la Corte Constitucional C-115 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[25] Sentencia de la Corte Constitucional C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[26] Sentencia de la Corte Constitucional C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

[27] Sentencia de la Corte Constitucional C-100 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

[28] Sentencias de la Corte Constitucional C-929 de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; C-149 de 2009, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-646 de 2010, M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-819 de 2011, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-913 de 2011, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C- 055 de 2013, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[29] Sentencia de la Corte Constitucional C - 892 de 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[30] Sentencia de la Corte Constitucional C- 012 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[31] Sentencia de la Corte Constitucional C- 814 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[32] Sentencias de la Corte Constitucional C- 413 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-892 de 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[33] Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-592 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; C-551 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-420 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-226 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-939 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-689 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-034 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[34] Sentencias de la Corte Constitucional C-226 de 2002 y C-034 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[35] Sentencias de la Corte Constitucional C-1404 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-173 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-226 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-247 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería. En el mismo sentido ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional C-674 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-742 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[37] Ver, por todos, a Beccaría, quien, al hablar del derecho de castigar, señaló que “sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social” (subrayas no originales). (De los delitos y las penas. Bogotá Temis: 1990, p 5-6)

[38] Corte Constitucional, Sentencia C-646-01. M. P., Manuel José Cepeda Espinosa: “Desde luego que la política criminal del Estado no se agota en el ejercicio de su poder punitivo. En un reciente pronunciamiento esta Corporación definió en un sentido amplio el concepto de política criminal y la amplia gama de medidas que comprendía: “Dada la multiplicidad de

intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, es apropiado definir la política criminal en un sentido amplio. Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica". Ver también las sentencias de la Corte Constitucional C-247 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-034 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-1086 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[39] Sentencias de la Corte Constitucional C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-038 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-226 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-689 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1080 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1116 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-674 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-535 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-210 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[40] Sentencias de la Corte Constitucional C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández

Galindo y C-1080 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[41] Sentencias de la Corte Constitucional C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-1404 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-1080 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-689 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-1116 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-210 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda; C-488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Se afirmó en este sentido en la sentencia C-148 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis: “En ese orden de ideas la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales, los derechos fundamentales y como pasa a examinarse las normas internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.).” En igual sentido, en esta sentencia se precisó que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, el control de constitucionalidad se debe realizar “no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional -bloque de constitucionalidad estricto sensu-, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control -bloque de constitucionalidad lato sensu-.”

[42] Sentencia de la Corte Constitucional C- 248 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-1086 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[43] PAGLIARO, Antonio: Principi di Diritto penale. Parte generale, Milán, Milano - Dott. A. Giuffrè editore, 1998, p. 228; BRICOLA, Franco: Teniche di tutela penale e teniche alternative di tutela. En *Funcioni e Limiti del Diritto penale, alternative di tutela*. CEDAM - CASA EDITRICE DOTT ANTONIO MILANI, Padova, 1984, p. 24; ROXIN, Claus, op. cit. pp. 55 y ss.; SCHÜNEMANN, Bernd: El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación, en: HEFENDEHL,

Ronald: La teoría del bien jurídico, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 197 y ss.; KUHLEN, Lothar: La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 147; DONNINI, Massimo, El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad, Ara editores, Lima, 2010, pp. 86 y ss.

[44] Sentencias de la Corte Constitucional C-173 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-226 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-317 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-822 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-988 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[45] BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Lecciones de Derecho penal, Trotta, Madrid, 1997, pp. 65 y ss.

[46] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 66. En similar sentido ROXIN, Claus: Derecho penal, Parte general I (traducción de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel Díaz y García Conlledo, y de Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, pp. 49 y ss; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas: Tratado de Derecho penal, Parte general (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, Comares, 2002, pp. 56 y ss.

[47] BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Lecciones de Derecho penal, Trotta, Madrid, 1997, p. 66. En similar sentido, ROXIN, Claus, op. cit., p. 65; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, op. cit., pp. 56 y ss.

[48] Sentencia de la Corte Constitucional C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

[49] Sentencia de la Corte Constitucional C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo. Ver también AGUADO CORREA, Teresa: El principio de proporcionalidad en materia penal, Edersa, Madrid, 1999, p. 159.

[50] Sentencias de la Corte Constitucional: C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo. En igual forma: Sentencia C-647 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-226 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-762 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-489 de 2002 M.P.: Rodrigo Escobar Gil; C-312 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-355 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández;

C-897 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-988 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[51] ROXIN, Claus, op. cit., pp. 52 y ss.; SCHÜNEMANN, Bernd: El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación, en: HEFENDEHL, Ronald: La teoría del bien jurídico, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 197 y ss; AGUADO CORREA, Teresa, op. cit., 1999, p. 159.

[52] MIR PUIG, Santiago: Bases constitucionales del Derecho penal, Iustel, Madrid, 2011, p. 111.

[53] Al respecto la Corte en la sentencia C-420 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño señaló: “Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.

De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. En el caso de la política criminal, no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán concebirse mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental.

Entonces, el único supuesto en el que el criterio político-criminal del legislador sería susceptible de controvertirse ante el juez constitucional se presentaría cuando ha conducido a la emisión de normas que controvierten el Texto Fundamental. No obstante, en este caso es claro que lo que se cuestionaría no sería un modelo de política criminal en sí sino la legitimidad de reglas de derecho por su contrariedad con la Carta y de allí que, en esos supuestos, la decisión de retirarlas del ordenamiento jurídico tenga como referente esa contrariedad y no el criterio de política criminal que involucran.” En similar sentido ver la sentencia C- 646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[54] Sentencias de la Corte Constitucional C - 730 de 2005, MP. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido: T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-565 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-591 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-139 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-308 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-428 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-146 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-155 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz; C-1339 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-1722 de 2000 MP(e): Jairo Charry Rivas; C-710 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-974 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-312 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-433 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1064 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-530 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-499 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-431 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-864 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-649 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-897 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-284 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-117 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-040 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-171 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis; T-391 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-072 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1249 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-1198 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-801 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-200 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-936 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[55] Sentencias de la Corte Constitucional C-872 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-730 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En igual sentido: C-1173 de 2005, M.P.

Manuel José Cepeda Espinosa; T-334 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-491 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-186 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[56] Sentencia de la Corte Constitucional C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Renteria.

[57] Sentencias de la Corte Constitucional C-843 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-1144 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-198 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-925 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido: C-996 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-1080 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Renteria; C-820 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1260 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-676 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[58] Sentencia de la Corte Constitucional C-925 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En igual sentido: C-371 de 2011, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[59] Sentencias de la Corte Constitucional: C-996 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-1144 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-198 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1080 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-925 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido: C-843 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Renteria; C-820 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1260 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández T-676 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[60] Sentencia de la Corte Constitucional C-173 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[61] Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En igual sentido: Sentencias C-179 de 1997, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-228 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[62] Sentencia de la Corte Constitucional C-077 de 2006, M.P. Jaime Araujo Renteria,

[63] Sentencia de la Corte Constitucional C-077 de 2006, M.P. Jaime Araujo Renteria.

[64] Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido: C-616 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-928 de 2005, M.P.

Jaime Araujo Rentería.

[66] Sobre la aplicación específica de estos principios en materia penal, ver: MIR PUIG, Santiago: Bases constitucionales del Derecho penal, op. cit, pp. 94 y ss y AGUADO CORREA, Teresa: El principio de proporcionalidad en materia penal, Edersa, Madrid, 1999, p. 149 y ss.

[67] Sentencia de la Corte Constitucional C-247 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[68] Sentencia de la Corte Constitucional C-488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[69] Sentencias de la Corte Constitucional: C-226 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En similar sentido Sentencias de la Corte Constitucional C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-248 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-034 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.; C-822 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-355 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández; C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-962 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa;

[70] Sentencias de la Corte Constitucional C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-238 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería; C-674 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-210 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[71] Sentencias de la Corte Constitucional C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-210 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[72] Sentencias de la Corte Constitucional C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, ver las sentencias C-118 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-148 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[73] Sentencia de la Corte Constitucional C-1404 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis y C-226 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[74] Sentencia de la Corte Constitucional C-1404 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis; Salvamento de Voto de Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo, Martha Sáchica Méndez y Alejandro Martínez Caballero; Aclaración de Voto de José

Gregorio Hernández Galindo y Alfredo Beltrán Sierra, y C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Renteria

[75] Sentencias de la Corte Constitucional C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-248 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-034 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Renteria; C-535 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-210 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1086 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[76] Sentencia de la Corte Constitucional C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Renteria.

[77] Sentencia de la Corte Constitucional C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[78] Sentencia de la Corte Constitucional C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[79] Sentencia de la Corte Constitucional C-087 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

[80] Sentencia de la Corte Constitucional C-087 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

[81] Sentencia de la Corte Constitucional C-1080 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis

[82] Sentencia de la Corte Constitucional C-1080 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[83] Sentencia de la Corte Constitucional C-535 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[84] Sentencia de la Corte Constitucional C-535 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

[85] Sentencia de la Corte Constitucional C-115 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[86] Sentencia de la Corte Constitucional C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[87] Sentencia de la Corte Constitucional C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

[88] Sentencia de la Corte Constitucional C-100 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

[89] VIRGIONI, J.: Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2004, 207 a 210

[90] ARTZ, Gunther / WEBER, Ulrs: Strafrecht. Besonderer Teil, Bilefield, 2000, 923.

[91] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: La criminalidad organizada : aspectos penales, procesales, administrativos y policiales, Dykinson, 2005, 39 a 41.

[92] Art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000.

[93] Art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000.

[94] Arts. 6 y 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000..

[95] Art. 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000.

[96] Art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000.

[97] Arts. 12 y 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000.

[98] Arts. 13 y ss de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000.

[99] Art. 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000.

[100] Art. 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000.

[101] Art. 28 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000.

[102] Art. 24 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000.

[103] Sentencia de la Corte Constitucional C-241 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

[104] Sentencia de la Corte Constitucional C-241 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

[105] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 23 de septiembre de 2.003. Radicado 17083. M.P. Jaime Tamayo Lombana.

[106] CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M.: Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2444.

[107] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No 22141. M.P.: Mauro Solarte Portilla, sen. Sda. inst. sep. 23/03 Rad. 17089: "El delito de concierto para delinquir, presupone la existencia de una organización, así esta sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente se han puesto de acuerdo o han convenido llevar a cabo un número plural de delitos y de este modo lesionar o poner en peligro indistintamente bienes jurídicos bajo circunstancias no necesariamente singularizables, "bien concurriendo cada uno de los plurales agentes a realizar de manera integral y simultánea el comportamiento reprimido en la ley -coautoría propia-, o mediante una división de trabajo con un control compartido del hecho o con su codominio, de manera que cada coautor al brindar un aporte objetivo a la ejecución del delito realiza la voluntad

colectiva”.

[108] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No 22141. M.P.: Mauro Solarte Portilla, sen. Sda. inst. sep. 23/03 Rad. 17089: “El delito de concierto para delinquir, presupone la existencia de una organización, así esta sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente se han puesto de acuerdo o han convenido llevar a cabo un número plural de delitos y de este modo lesionar o poner en peligro indistintamente bienes jurídicos bajo circunstancias no necesariamente singularizables, “bien concurriendo cada uno de los plurales agentes a realizar de manera integral y simultánea el comportamiento reprimido en la ley -coautoría propia-, o mediante una división de trabajo con un control compartido del hecho o con su codominio, de manera que cada coautor al brindar un aporte objetivo a la ejecución del delito realiza la voluntad colectiva”.

[109] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No 22141. M.P.: Mauro Solarte Portilla: La conducta en comento, de otra parte, constituye una forma autónoma de delincuencia, de manera que para su configuración no es necesario alcanzar el cumplimiento de los fines criminales propuestos por la organización, ya que se consume “por el simple acuerdo, y la reacción punitiva se da ‘por ese solo hecho’, como se expresa en la descripción típica, de suerte que el delito de concierto para delinquir concursa con las conductas punibles que sean perpetradas al materializarse el elemento subjetivo que lo estructura”.

[110] Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del veinticinco (25) noviembre de dos mil ocho (2008) (Proceso No 26942) y del quince (15) de septiembre de dos mil diez (2010) (Proceso n.º 28835).

[111] CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M.: Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2444.

[112] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 23 de septiembre de 2.003. Radicado 17083. M.P. Jaime Tamayo Lombana.

[113] Sentencia de la Corte Constitucional C-241 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

[114] Sentencia de la Corte Constitucional C-241 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

[116] Art. 129 A del Código Penal de Alemania.

[117] KINDHÄUSER, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I, Nomos, Baden – Baden, 2005, pág. 219; ARTZ, Gunther / WEBER, Ulrs: Strafrecht. Besonderer Teil, Bielefeld, 2000, pág. 930; MAURACH, R. / SCHROEDER, C. / Maiwald, M.: Strafrecht Besonderer Teil, Müller, Heidelberg, 2005, pág. 143.

[118] Art. 421-2-1 del Código Penal de Francia.

[119] Art. 208 del Decreto 2525 de 1963.

[120] Art. 208 del Decreto 2525 de 1963.

[121] Art. 186 del Código Penal de 1980.

[122] Art. 340 del Código Penal.

[123] Sentencia de la Corte Constitucional C-1404 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Gálvis; Salvamento de Voto de Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo, Martha Sáchica Méndez y Alejandro Martínez Caballero; Aclaración de Voto de José Gregorio Hernández Galindo y Alfredo Beltrán Sierra, y C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería

[124] ARTZ, Gunther / WEBER, Ulr: Strafrecht. Besonderer Teil, Bielefeld, 2000, 926.

[125] Sentencia del caso diecinueve (19) comerciantes vs. Colombia: “86.a) Las investigaciones realizadas por el Poder Judicial y la Procuraduría General de la Nación han demostrado, en un número significativo de casos, la participación activa de miembros de las fuerzas de seguridad en los llamados grupos “paramilitares”. En diversas oportunidades el Estado ha aplicado sanciones administrativas y penales a miembros de la Fuerza Pública por su vinculación con grupos “paramilitares”.

86.b) En la época de los hechos de este caso, el referido grupo “paramilitar” que operaba en la región del Magdalena Medio actuaba con la colaboración y apoyo de diversas autoridades militares de los Batallones de dicha zona. Los “paramilitares” contaron con el

apoyo de los altos mandos militares en los actos que antecedieron a la detención de las presuntas víctimas y en la comisión de los delitos en perjuicio de éstas”.

[126] Sentencia del caso de la masacre de Pueblo Bello contra Colombia: “166. Por último, este Tribunal considera que, para constituir una violación del artículo 6.2 de la Convención Americana, es necesario que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado. En el presente caso ha quedado demostrado la participación y aquiescencia de miembros del Ejército colombiano en la incursión paramilitar en El Aro y en la determinación de un toque de queda con el fin de facilitar la apropiación del ganado. Asimismo, se ha comprobado que agentes del Estado recibieron ganado sustraído de manos de los arrieros”.

[127] Sentencia del caso de la masacre de Mapiripán contra Colombia: “121. La colaboración de miembros de las fuerzas armadas con los paramilitares se manifestó en un conjunto de graves acciones y omisiones destinadas a permitir la realización de la masacre y a encubrir los hechos para procurar la impunidad de los responsables. En otras palabras, las autoridades estatales que conocieron las intenciones del grupo paramilitar de realizar una masacre para infundir temor en la población, no sólo colaboraron en la preparación para que dicho grupo pudiera llevar a cabo estos actos delictuosos, sino también hicieron parecer ante la opinión pública que la masacre fue perpetrada por el grupo paramilitar sin su conocimiento, participación y tolerancia, situaciones que están en contradicción con lo ya acreditado en los hechos probados y reconocidos por el Estado”.

[128] Sentencia del caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia: “83. Asimismo, diversas investigaciones judiciales realizadas denotan la relación existente entre grupos paramilitares y miembros de la fuerza pública en la época de los hechos del presente caso⁵⁴. Además, en su informe sobre la visita que realizó a Colombia en octubre de 1989, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias señaló que: Los grupos paramilitares son formados y financiados por narcotraficantes y, tal vez, algunos terratenientes. Actúan estrechamente vinculados con elementos de las fuerzas armadas y de la policía. La mayoría de los asesinatos y matanzas perpetrados por los grupos paramilitares ocurren en zonas muy militarizadas. Los grupos paramilitares pueden desplazarse con facilidad en esas zonas y cometer sus asesinatos impunemente. [E]n algunos casos los militares o los policías fingen no percatarse de lo que hacen los grupos paramilitares o los apoyan concediendo salvoconductos a sus integrantes o impidiendo las

investigaciones. Por ejemplo, el Director del Departamento Nacional de Investigaciones Criminales en cuanto a la matanza de La Rochela dijo que lo que más le preocupaba era que las investigaciones que dirigía revelaban cada vez mas pruebas de indulgencia, tolerancia y apoyo para con los grupos de extrema derecha por parte de miembros de la policía y del ejército. (subrayado no es del original)".

[129] Sentencia del caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia.

[130] Sentencia de la Corte Constitucional C-038 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.