

## **CONTENIDO**

### **I. CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

### **II. JURISPRUDENCIA**

### **III. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

<b>I. CONGRESO DE LA REPÚBLICA</b>	<b>5</b>
<b>1. PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO</b>	<b>5</b>
- TRÁMITE:	5
SERVICIO DE TELEVISIÓN.	5
<b>2. PROYECTOS DE LEY</b>	<b>6</b>
- NUEVOS:	6
USO DE PÓLVORA.	6
PROGRAMA FAMILIAS EN ACCIÓN.	6
- TRÁMITE:	6
CORRUPCIÓN.	6
OFERTA DE SUELO URBANIZABLE.	6
PENSIÓN GRACIA.	7
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA POBLACIÓN NEGRA.	7
CRIMINALIDAD ORGANIZADA.	7
TRATAMIENTO DE LOS DELITOS MENORES.	7
COMISIONES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.	7
EDAD MÍNIMA PARA REGISTRARSE EN REDES SOCIALES.	8

**3. LEYES SANCIONADAS 8**

**LEY 1441 DE 2010. 8**

**LEY 1442 DE 2010. 8**

**II. JURISPRUDENCIA 8**

**1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 8**

**1.1. SALA DE CASACIÓN LABORAL 8**

**PENSIÓN DE VEJEZ. PARA SU PAGO SE REQUIERE LA DESAFILIACIÓN AL SISTEMA. NECESIDAD DE ESTUDIAR LAS PARTICULARIDADES DE CADA CASO. APORTES PARA PENSIÓN. EL CÓMPUTO DE COTIZACIONES REALIZADAS DESPUÉS DE CUMPLIR EDAD Y TIEMPO DEBE HACERSE SIEMPRE QUE NO SE DESMEJOREN LOS INTERESES DEL AFILIADO. PENSIÓN DE VEJEZ. SU RECONOCIMIENTO PROCEDE UNA VEZ SE CUMPLAN LOS REQUISITOS, ASÍ EL TRABAJADOR CONTINUÉ COTIZANDO. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. EN PENSIÓN DE VEJEZ DE BENEFICIARIO DE RÉGIMEN DE TRANSICIÓN QUE LUEGO DE HABER CUMPLIDO REQUISITOS, CONTINUÓ COTIZANDO CON UN SALARIO INFERIOR. 8**

**1.2. SALA DE CASACIÓN PENAL 12**

**FUERO. CONGRESISTA: FACTOR PERSONAL Y FUNCIONAL. CONGRESISTA: CONSERVACIÓN DE COMPETENCIA EN CASO DE RENUNCIA. CONCIERTO PARA DELINQUIR. AGRAVADO: CON FINES DE PARAMILITARISMO, ALIANZAS CON POLÍTICOS. ANTIJURIDICIDAD. NOCIÓN: INJUSTO. CONDUCTA PUNIBLE. INJUSTO. CONCIERTO PARA DELINQUIR. ANTIJURIDICIDAD. SEGURIDAD PÚBLICA. NOCIÓN. CONCIERTO PARA DELINQUIR. PROMOVER GRUPO ILEGAL. DIFERENCIAS ENTRE EL SIMPLE Y EL AGRAVADO. PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD. NOCIÓN. DELITO. DIFERENCIACIÓN DE LOS OTROS JUICIOS SOBRE LA CONDUCTA HUMANA. CONCIERTO PARA DELINQUIR. AGRAVADO: CON FINES DE PARAMILITARISMO, ALIANZAS CON POLÍTICOS, ANTIJURIDICIDAD. AGRAVADO: CON FINES DE PARAMILITARISMO, ALIANZAS CON POLÍTICOS, RELACIÓN CON LOS RESULTADOS ELECTORALES. TESTIMONIO. APRECIACIÓN PROBATORIA: CONTRADICCIONES. APRECIACIÓN PROBATORIA: TESTIMONIOS PLURALES, APARATO ORGANIZADO DE PODER. CONCIERTO PARA DELINQUIR. PACTOS ELECTORALES, CÓRDOBA. TESTIMONIO. APRECIACIÓN PROBATORIA: CONTRADICCIONES. CONCIERTO PARA DELINQUIR. DELITO DE MERA CONDUCTA. DELITO DE PELIGRO. DOSIFICACIÓN PUNITIVA. DOSIFICACIÓN PUNITIVA: MULTA. MULTA. DOSIFICACIÓN PUNITIVA. PENA. MOTIVACIÓN. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.**

EL JUEZ LOS LIQUIDARÁ CON BASE EN LO DEMOSTRADO EN EL PROCESO. SUSPENSION CONDICIONAL DE LA EJECUCION DE LA PENA. FACTOR OBJETIVO. PRISION DOMICILIARIA. FACTOR OBJETIVO: SU AUSENCIA LIBERA DE ANALIZAR EL SUBJETIVO. 12

2. CORTE CONSTITUCIONAL 29

-SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD: 29

ARTÍCULOS 18 Y 24 DE LA LEY 1383 DE 2010 “POR LA CUAL SE REFORMA LA LEY 769 DE 2002 -CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO- Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”. 29

INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 135 DE LA LEY 100 DE 1993 “POR LA CUAL SE CREA EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES. 31

ARTÍCULO 33, NUMERAL 3, LITERAL B), ARTÍCULO 34, NUMERAL 2 Y NUMERAL 6 DE LA LEY 820 DE 2001. POR LA CUAL SE EXPIDE EL RÉGIMEN E ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA URBANA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”. 33

ARTÍCULO 165 Y NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 166 DE LA LEY 599 DE 2000, “POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO PENAL”. 34

III. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA 38

DECRETOS DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA: 38

DECRETO 290 DE 2011. 38

DECRETO 371 DE 2011. 38

DECRETO 372 DE 2011. 38

DECRETO 373 DE 2011. 38

DECRETO 358 DE 2011. 39

DECRETO 359 DE 2011. 39

<b>DECRETO 360 DE 2011.</b>	<b>39</b>
<b>DECRETO 399 DE 2011.</b>	<b>39</b>
<b>DECRETO 415 DE 2011.</b>	<b>39</b>
<b>DECRETO 493 DE 2011.</b>	<b>39</b>
<b>DECRETO 510 DE 2011.</b>	<b>39</b>
<b>DECRETO 545 DE 2011.</b>	<b>39</b>



## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

### **COMPILACIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL**

#### **INFORMATIVO DE VICEPRESIDENCIA No. 195**

**FEBRERO 2011**

## **I. CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

La información sobre los Proyectos de Acto Legislativo y los Proyectos de Ley es extractada de las Gacetas del Congreso de la República suministradas por la Unidad de Gacetas del Congreso en el mes de febrero de 2011.

### **1. PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO**

#### **- Trámite:**

##### **Servicio de televisión.**

Se presentó concepto del Comisionado Nacional de Televisión al Proyecto de Acto Legislativo número 11 de 2010 Senado, 118 de 2010 Cámara. Deroga el artículo 76 y modifica el artículo 77 de la Constitución Política de Colombia, para proveer al Congreso de la República de la flexibilidad requerida para mantener un marco legal vigente acorde a la

realidad de los contenidos audiovisuales y el acceso a los mismos por parte de los ciudadanos. Gaceta 59 de 2011.

## **2. PROYECTOS DE LEY**

### **- Nuevos:**

#### **Uso de pólvora.**

Proyecto de Ley número 219 de 2011 Senado. Expide normas sobre fabricación, almacenamiento, transporte, comercialización y uso de pólvora, para promover la erradicación de su manipulación indiscriminada por parte de personas inexpertas en especial de los menores de edad. Gaceta 25 de 2011.

#### **Programa Familias en Acción.**

Proyecto de Ley número 220 de 2011 Senado. Eleva a rango legal el Programa Familias en Acción, de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, para así generar mayor seguridad jurídica a sus beneficiarios. Gaceta 69 de 2011.

### **- Trámite:**

#### **Corrupción.**

Se presentaron: ponencia para primer debate y pliego de modificaciones al Proyecto de Ley número 142 de 2010 Senado, 174 de 2010 Cámara. Dicta normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Gaceta 19 de 2011.

#### **Oferta de suelo urbanizable.**

Se presentó concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito al Proyecto de Ley número 208 de 2010 Senado. Adoptan medidas para promover la oferta de suelo urbanizable, para permitir que se habilite el suelo para la construcción de vivienda digna en el país, y particularmente para la construcción de vivienda de interés social y prioritario. Gaceta 20 de 2011.

### **Pensión gracia.**

Se presentaron objeciones presidenciales al Proyecto de Ley número 114 de 2009 Senado, 296 de 2010 Cámara. Establece que los educadores que acrediten tiempos de servicio en educación primaria, en normales, en secundaria o en inspectoría o supervisión educativa en planteles del orden nacional, también serán beneficiarios de la pensión gracia aunque su pensión ordinaria esté a cargo total o parcial de la nación. Gaceta 24 de 2011.

### **Protección de los derechos fundamentales de la población negra.**

Se presentó texto aprobado en sesión plenaria del Senado de la República al Proyecto de Ley número 08 de 2010 Senado. Modifica el Código Penal, con el objeto de garantizar la protección de los derechos fundamentales de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, que son vulnerados a través de diferentes manifestaciones de la sociedad. Gaceta 24 de 2011.

### **Criminalidad organizada.**

Se presentaron: informe de ponencia para primer debate, texto aprobado en sesión plenaria del Senado de la República y pliego de modificaciones al Proyecto de Ley número 164 de 2010 Senado, 160 de 2010 Cámara. Reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre Extinción de Dominio, para cumplir con cuatro objetivos: eliminar la impunidad; luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil; y vincular a la comunidad en la prevención del delito. Gaceta 43 de 2011.

### **Tratamiento de los delitos menores.**

Se presentaron: ponencia para primer debate, pliego de modificaciones y texto propuesto al Proyecto de Ley número 23 de 2009 Senado, 152 de 2010 Cámara. Estructura un tratamiento especial para los delitos menores, para darle confianza y credibilidad a la ciudadanía con una justicia pronta y cumplida. Gaceta 45 de 2011.

### **Comisiones del Congreso de la República.**

Se presentó ponencia para primer debate al Proyecto de Ley número 49 de 2010 Cámara. Modifica el artículo 2º de la Ley 3ª de 1992, para solucionar los conflictos de competencia entre una y otra Comisión del

Congreso de la República en el trámite en primer debate de algunos Proyectos de Ley. Gaceta 45 de 2011.

### **Edad mínima para registrarse en redes sociales.**

Se presentó informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley número 109 de 2010 Senado. Consagra la edad mínima para registrarse y ser miembro de una red social en Internet y formar parte de su plataforma, en los 14 años de edad. Gaceta 67 de 2011.

## **3. LEYES SANCIONADAS**

### **Ley 1441 de 2010.**

(23/02). Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Cooperación y Régimen de Privilegios e Inmunidades entre la Organización Internacional para las Migraciones y el Gobierno de la República de Colombia", hecho en Bogotá a los 5 días del mes de mayo de dos mil nueve (2009). 47.992.

### **Ley 1442 de 2010.**

(23/02). Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo relativo a los servicios postales de pago", firmado en Ginebra, el 12 de agosto de 2008. 47.992.

## **II. JURISPRUDENCIA**

### **1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Los extractos de las sentencias que se consignan a continuación fueron proporcionados por las Relatorías de la Corte Suprema de Justicia.

#### **1.1. SALA DE CASACIÓN LABORAL**

**PENSIÓN DE VEJEZ. Para su pago se requiere la desafiliación al sistema. Necesidad de estudiar las particularidades de cada caso. APORTES PARA PENSIÓN. El cómputo de cotizaciones realizadas después de cumplir edad y tiempo debe hacerse siempre que no se desmejoren los intereses**



**del afiliado. PENSIÓN DE VEJEZ. Su reconocimiento procede una vez se cumplan los requisitos, así el trabajador continué cotizando. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. En pensión de vejez de beneficiario de régimen de transición que luego de haber cumplido requisitos, continuó cotizando con un salario inferior.**

«...la parte actora es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto nació el 11 de mayo de 1948; que cotizó a la demandada, hasta el mes de marzo de 2005, un total de 1002, 71 semanas; y que realizó aportes al sistema hasta el mes de junio de 2008, momento para el cual presentó la novedad de retiro.

En relación con el cargo formulado, se observa que está encauzado a que se determine jurídicamente, que no es procedente el pago de la pensión de vejez con anterioridad a la fecha en que se efectuó el retiro del sistema, para lo cual denuncia la falta de aplicación del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año, que regula lo referente a la causación y disfrute de la pensión por vejez.

(...)

En efecto, para la definición del problema jurídico planteado, entre las normas que la Colegiatura trajo a colación para fundar la decisión, se encuentra el referido artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, y con base en su contenido infirió que “el criterio determinante para analizar el momento desde el cual procede el reconocimiento de la pensión es la desafiliación del sistema, en estas condiciones, la demandante sólo se haría acreedora a la prestación desde la fecha señalada en que reportó tal novedad”; no obstante determinó que al haber reclamado la actora cuando contaba con el número de semanas requeridas para pensionarse, el ISS debió conceder el derecho desde el 17 de mayo de 2005 “a pesar que solo se presentó el retiro del sistema de manera posterior”, y como no lo hizo su negativa fue “infundada”, máxime que las cotizaciones realizadas al futuro no conllevan al incremento del IBL de la pensión por estar aportando sobre el salario mínimo legal.

(...)

A pesar de la improsperidad del cargo, es pertinente recordar, que si bien los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, establecen como necesaria la desafiliación del sistema para que proceda el pago de la pensión de vejez, se debe estudiar las particularidades de cada caso, pues su aplicación ha de ajustarse a las especiales circunstancias que emergen de la situación pensional del afiliado, además que no es posible hacer responsable al asegurado de los errores de la administradora de pensiones, quien como

en esta oportunidad acontece debió reconocer el derecho en su oportunidad por estar ya satisfechos la totalidad de los requisitos exigidos por los reglamentos del ISS. Al respecto, en un asunto de similares características, en sentencia que data del 1º de septiembre de 2009, radicado 34514, se dijo:

“(...)

Contrario a lo expuesto en el primer cargo, el Tribunal no desconoció que el señor ESCOBAR PINEDA hubiera cotizado hasta el mes de septiembre de 1998, ni que en la liquidación de la pensión se hubiera tenido en cuenta hasta la última semana de cotización. A pesar de no haberlo mencionado expresamente, respetando lo que había colegido el a quo sobre el punto, no encontró justificación alguna para que la negligencia del ISS hubiera obligado al actor a realizar esos aportes, y esperar casi 3 años para acceder a un derecho que le asistía desde el momento mismo que elevó la solicitud, esto es, desde el 7 de noviembre de 1996, de suerte que, no fue ese el dislate que el ad quem pudo haber cometido al desatar la alzada.

Como ya se esbozó, el origen de la alegada aplicación indebida de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, si es que la hubo, debió buscarse en el soporte fáctico de la decisión cuestionada que, como también ya se expresó, consistió en estimar que fue negligente el ISS, no sólo por la tardanza en resolver la petición inicial y los recursos interpuestos por la vía gubernativa, sino, además, en no haber realizado el “minucioso estudio”, que sí desplegó previamente a la expedición de la Resolución No. 00010 del 1º de febrero de 1999, que lo condujo a colegir que dentro de los últimos los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 de edad, registraba 521 semanas cotizadas, lo que le permitía acceder a la prestación solicitada.

A pesar de la improsperidad del cargo, conviene acotar que, si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagran necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario, verbigracia, cuando los aportes efectuados redundan en perjuicio del asegurado. Así por ejemplo, en el fallo de casación de 7 de septiembre de 2004:

“Precisa la Sala, que si bien es cierto en otros asuntos de similares características a éste, se ha advertido que cuando el afiliado ha continuado aportando al sistema general de pensiones una vez

satisfechos los presupuestos legales para obtener la pensión, acorde con los fines de la seguridad social, es deber reconocer hasta la última cotización, tal y como se dijo en la sentencia que rememora el recurrente de noviembre 29 de 2001, radicación 15921, reiterada en la del 22 de julio de 2003, radicación 19794, tal criterio hermenéutico ha de ser entendido y por ende aplicable, única y exclusivamente para aquellas eventualidades en donde su no inclusión conlleva una desmejora en los intereses del aportante frente al monto final de su mesada pensional.

Del anterior modo, si al afiliado le resulta más beneficioso que el ingreso base de liquidación se obtenga tomando sólo el promedio de lo devengado entre la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y el momento en que cumpla los requisitos para la pensión, haciendo abstracción de los aportes realizados con posterioridad a dicha calenda, como sucede en el sub iudice, donde las cotizaciones efectuadas se llevaron a cabo con un salario significativamente inferior que le reduciría ostensiblemente su ingreso base, así debe procederse.

Se argumenta lo precedente, porque si el fin de las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, después de superado el tope mínimo exigido para acceder al derecho pensional reclamado y del cumplimiento de la edad, es el de incrementar el monto de la mesada, (parágrafo 3, Artículo 33 Ley 100 / 93, vigente para la época de los hechos) mal puede obrarse contrariando tal propósito y castigar a un afiliado, menguándole su base salarial para la tasación de la aludida pensión, por haber contribuido al sistema con un número mayor de aportes que supera tal límite para la tasación del crédito social pretendido.

Lo anterior se evidencia porque en el presente caso, la actora alcanzó a cotizar 1735 semanas, conforme se desprende del documento emanado de la misma demandada (Folio 7 a 10), esto es, hizo aportes en un número mayor a las 1250 semanas que le daban el derecho a un porcentaje máximo del 90% del ingreso base de liquidación conforme a los parámetros del artículo 20 aparte II, parágrafo 2º del Acuerdo 049 de 1990, expedido por el I.S.S., en concordancia con el Artículo 23 Ibídem". (Rad. 22630).

Lo resuelto a través de la sentencia que se reprodujo, tiene una razón de más para ser aplicada en el caso bajo examen, consistente en que los aportes realizados por el accionante, luego de haber consolidado su derecho, obedecieron a la equivocación en que incurrió el ente de seguridad social en la contabilización de las cotizaciones"»).

Febrero 22 de 2010. Radicación No. 39391. Magistrado Ponente: Doctor Carlos Ernesto Molina Monsalve .

## 1.2. SALA DE CASACIÓN PENAL

**FUERO. Congresista: Factor personal y funcional. Congresista: Conservación de competencia en caso de renuncia. CONCIERTO PARA DELINQUIR. Agravado: Con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos. ANTIJURIDICIDAD. Noción: Injusto. CONDUCTA PUNIBLE. Injusto. CONCIERTO PARA DELINQUIR. Antijuridicidad. SEGURIDAD PÚBLICA. Noción. CONCIERTO PARA DELINQUIR. Promover grupo ilegal. Diferencias entre el simple y el agravado. PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD. Noción. DELITO. Diferenciación de los otros juicios sobre la conducta humana. CONCIERTO PARA DELINQUIR. Agravado: Con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, antijuridicidad. Agravado: Con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, relación con los resultados electorales. TESTIMONIO. Apreciación probatoria: Contradicciones. Apreciación probatoria: Testimonios plurales, aparato organizado de poder. CONCIERTO PARA DELINQUIR. Pactos electorales, Córdoba. TESTIMONIO. Apreciación probatoria: Contradicciones. CONCIERTO PARA DELINQUIR. Delito de mera conducta. Delito de peligro. Dosificación punitiva. Dosificación punitiva: Multa. MULTA. Dosificación punitiva. PENA. Motivación. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. El juez los liquidará con base en lo demostrado en el proceso. SUSPENSION CONDICIONAL DE LA EJECUCION DE LA PENA. Factor objetivo. PRISION DOMICILIARIA. Factor objetivo: Su ausencia libera de analizar el subjetivo.**

"1. 'Desde ese punto de vista, con base en los hechos jurídicamente relevantes que emergen de las piezas procesales que se ocupan de precisar el supuesto fáctico, le asiste competencia a esta Corporación para concluir la presente investigación por tratarse de una conducta realizada "por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo.'

Esa decisión fue reafirmada por la Corte en varias oportunidades, pero en particular selló la discusión sobre ese tema al resolver en audiencia preparatoria la petición de nulidad propuesta por la defensa, y luego el correspondiente recurso de reposición (1).

En síntesis, se reafirmó la noción de que el fuero no depende de la comisión de un delito "propio", sino de la necesaria perturbación de la

función institucional, tal como en otros procesos se ha considerado esa relación en los siguientes términos:

“A su vez, el papel de un Congresista en las citadas organizaciones armadas al margen de la ley, cuyo objetivo era el de acceder al poder por medios no ortodoxos e ilegales ajenos a los canales democráticos, no podía ser diverso al de poner al servicio del grupo ilegal el andamiaje de sus funciones como senador de la república; entonces, ingenuo resulta pensar solamente en asistencias aleatorias a las reuniones, o en calidad de simple y llano espectador o bien porque los delincuentes lo consideraba ‘importante’ para la sociedad.” (Resaltado fuera de texto) (2)

Nada se debe agregar al punto. La Corte es, por lo tanto, competente para proferir el fallo de fondo.

2. en la resolución de acusación se indicó que el sistema penal se ocupa de delitos, con la idea de mostrar que los tipos penales no se refieren a estados o cosas, sino a conductas que en la medida que afectan o ponen en riesgo un bien jurídico se constituyen en un injusto.

Esta última precisión es esencial, pues con ella se reconoce que el contenido del injusto no reside en una postura moral o en el desacato a la norma – quedando a salvo la preocupación del Señor Procurador – sino en la puesta en riesgo o en la afectación de un bien jurídico, como la Sala ha tenido ocasión de señalarlo en los siguientes términos:

“Alrededor de esa discusión existe algún grado de consenso en que por el grado de desarrollo de una cultura en torno al respeto a los derechos humanos, la idea de protección de bienes jurídicos que subyace a la idea de intervención penal es la que mejor se aviene con una teoría liberal de la cuestión penal, sobre todo si se asume, como lo señala Roxin, que “la penalización de una conducta tiene que poseer una legitimación distinta de la que le otorga la mera voluntad del legislador.” Por eso, el referente material de las prohibiciones serán “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la conservación de tal fin” (3)

O con otras palabras, también de la Sala:

“... el bien jurídico constituye la única instancia legitimante del poder punitivo en el Estado social de derecho, en el cual, además, la jurisdicción penal tiene como función esencial la protección de tales intereses, de manera que el legislador no puede establecer como delitos conductas que no los afecten y, por su parte, los jueces tampoco están

facultados para imponer sanciones si no se presentan como presupuestos legitimantes de la concreta actuación del poder punitivo estatal, el bien jurídico y la ofensa que en un evento determinado lo lesione o ponga en peligro.” (4)

3. Desde esa perspectiva, distanciándose de cualquier consideración ética, la Sala ha explicado cómo debe entenderse, en la hora actual, el bien jurídico de la seguridad pública, de manera que lo menos que se puede decir en ese giro conceptual, es que la seguridad pública no responde a políticas públicas de mera conservación del *statu quo*, como se estilaba en el Estado demoliberal, pues,

“El problema que toda cultura, sociedad o Estado debe resolver es trazar los límites, dentro de los cuáles el ser humano puede ejercer esa libertad. Esta delimitación de los márgenes, dentro de los cuales se permite el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad por parte de los individuos, se llama ‘seguridad’. Esta no es más que la expectativa que podemos razonablemente tener de que no vamos a ser expuestos a peligros o ataques en nuestros bienes jurídicos por parte de otras personas.’(5)

Esa comprensión del concepto de seguridad como bien jurídico, la relación con la libertad y la ponderación entre esos principios, (6) permite una aproximación distinta al tipo penal en orden a determinar dentro de la imprescindible armonía entre conducta y tipicidad estricta, el actual sentido del aparte segundo del artículo 340 del código penal.

Pues bien:

En ese sentido, recuérdese que la fórmula acuñada para enfrentar organizaciones ilegales mediante la descripción del delito de concierto para delinquir agravado como un “acuerdo” para cometer delitos, fue superada por nuevas, violentas y dinámicas acciones delictivas que rebasaron la capacidad de respuesta del Estado, y que llevaron a confrontar nuevos tipos de asociación ilícita mediante fórmulas acuñadas con fundamento en las siempre discutibles facultades propias del Ordenamiento Constitucional anterior. (7)

Pero lo que interesa resaltar de esa legislación es que se constituye en uno de los primeros antecedentes normativos con los cuales se intentó enfrentar organizaciones no convencionales, no sólo para sancionar a quienes la conformaban, sino a los que “promueven” semejantes organizaciones al margen de la ley, en lo que se constituye en el principal antecedente de lo que es hoy el artículo 340 del código penal, norma con la cual se calificó el concierto para delinquir para responder a las alianzas ilícitas entre actores del más diverso orden, sin la cual se

podía dejar la sensación de que la respuesta punitiva no se compadecía con la magnitud del riesgo que generan los aparatos organizados de poder, lo cual resultaba muy cuestionable desde el punto de vista del principio de proporcionalidad y de la llamada prohibición por defecto. Por todas estas razones se diseñaron en el código penal de 2000 tres propuestas dogmáticas para enfrentar distintos tipos de riesgo para el bien jurídico: en la primera se mantuvo la fórmula tradicional para el concierto simple, o para cometer delitos indeterminados, con la que se enfrenta la llamada delincuencia común o convencional. En la segunda se delineó el concierto para delinquir agravado, diseñado estratégicamente para sancionar, entre otras conductas, el acuerdo para promover, financiar, armar u organizar grupos armados al margen de la ley, y en la tercera un tipo especial que si bien no conserva la misma técnica penal, se refiere a la efectiva materialización del acuerdo. (8)

De ese modo se confirma la idea de que las fórmulas típicas deben corresponder a la manera como se manifiestan relaciones delincuenciales esencialmente dinámicas, las cuales dentro de una nueva elaboración del sentido del bien jurídico, permiten incluir novedosos comportamientos compatibles con la idea de promover grupos armados al margen de la ley, como corresponde al sentido y teleología contemporáneas del tipo penal. (9)

Por esa razón, estas nuevas modalidades de ilegalidad que colocan en riesgo la seguridad pública, le han permitido a la Sala en la hora actual, al interpretar el concierto entre grupos armados y representantes de la institucionalidad, sostener lo siguiente:

“Teniendo en cuenta lo anterior y lo que de ordinario sucede en aparatos organizados de poder – todo para no desconocer el bien jurídico, el sentido del tipo penal, o los contenidos de la conducta–, el aporte del político a la causa paramilitar cuando coloca la función pública a su servicio debe mirarse no tanto en la creación de disfunciones institucionales – que, claro, le agregan mayor gravedad al injusto –, sino en la medida que con esa contribución se incrementa el riesgo contra la seguridad pública al potenciar la acción del grupo ilegal, como puede ocurrir cuando por la influencia de las autodefensas se crean condiciones materiales mediante inversión estatal en lugares donde la acción del paramilitarismo es evidente.”

A partir de esas premisas se puede sostener con total claridad que a salvo está la posibilidad de que la Sala defienda una concepción meramente ética frente a acuerdos para delinquir entre grupos armados

al margen de la ley y representantes de la institucionalidad, y menos, como con preocupación, pero sin la más mínima razón lo sostuvo el Ministerio Público, que la Sala pueda caer en la tentación de tratar el delito de concierto para delinquir como un delito de omisión de imposible configuración.(10)

Para quedar a salvo de nocivas interpretaciones, la Sala en relación con situaciones en donde la carga ética era aún mayor sostuvo en la sentencia de única instancia del 25 de noviembre de 2008, radicado 26.942, que:

"...la consecuencia más importante de definir el contenido de los tipos penales a partir de un concepto vital de bien jurídico, es la de permitir diferenciar un delito de lo que no lo es, como corresponde al principio de fragmentariedad del derecho penal."

Y segundo,

"... los contenidos materiales que fundamentan los tipos penales a partir del bien jurídico, permiten diferenciar los juicios jurídicos de los de opinión y de los meramente políticos, los cuales si bien pueden coincidir, presentan serias diferencias desde la epistemología en que se fundan."

Por todo ello, en relación con los acuerdos ilegales, se dijo lo siguiente:

"... no se trata de una imputación ética, para lo cual bastaría decir con Kant que "a la auténtica política le es imposible dar un solo paso sin antes haber rendido homenaje a la moral", (11) sino de una imputación jurídica que se construye como todo proceso de alteridad, sobre la base del riesgo que generan las acciones de los grupos armados al margen de la ley contra el bien de la seguridad pública, entendido, según ya se indicó, como el conjunto de condiciones materiales mínimas para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales."

Aclarado que el delito de concierto para delinquir se vincula con el bien jurídico de la seguridad pública, y precisada la idea de que es el "concierto ilegal" que se traduce en el "acuerdo para promover un grupo ilegal" lo que le confiere sentido a la conducta, queda a salvo la tentación de magnificar los resultados electorales y de considerar ese dato fuera de contexto como si se tratara de un delito contra los "mecanismos de participación democrática", con contenidos y consecuencias bien diferentes.

Lo que ocurre, en la situación que se juzga, es que un dato relevante para probar el concierto ilegal es el tema electoral, pero en el sentido expuesto en la acusación, es decir, sin referencias explícitas a que mediante medios violentos o sinuosos se hubiese comprometido la voluntad popular; cuestión que no significa que el paramilitarismo no



hubiese incidido en el debate del año 2002, pues ya para esa época había creado movimientos aparentemente legales de los cuales disponía a su antojo, como el movimiento "Clamor Campesino Caribe", a través del cual o de otros aparatos, o de otros aliados, podía influir en decisiones electorales para garantizar el acuerdo ilícito, sin necesidad de actos violentos o de copar un determinado espacio territorial.

Desde ese punto de vista se puede afirmar que la asociación entre violencia y resultados electorales no es un presupuesto de la tipicidad del concierto, ni se requiere la intervención armada para que se estructure el acuerdo ilegal, como lo ha dado a entender la defensa cuando presupone que en el municipio de Montelíbano no se probó dominio paramilitar alguno. Cuestión distinta es que en otras regiones el concierto se haya manifestado mediante el uso de la acción armada, según determinadas condiciones históricas, sin que de allí se pueda elaborar una regla general para asumir que sólo en donde hubo un dominio total del aparato paramilitar puede configurarse un convenio ilegal con fuerzas ilícitas.

(...)

Los medios de prueba tendientes a demostrar la certeza de la configuración típica de la conducta "deben ser apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica," (12) ya que de no hacerlo se puede incurrir en el desatino de considerar segmentos de la realidad como si se tratara de hechos aislados sin ninguna vinculación con el universo del que forman parte. En ese sentido, los resultados electorales por fuera del ambiente histórico en donde se manifiestan pueden conducir al equívoco de sostener que son datos acrílicos sin mayor importancia o repercusión, pues solamente explicarían la dinámica de procesos electorales con fuerte acento clientelista.

(...)

La demostración del concierto para delinquir como acuerdo para promover a un grupo ilegal, no se puede reducir al análisis aislado de cifras electorales o conformarse con datos de esos guarismos, que solo conglobados con otros medios de prueba adquieren su mayor rendimiento para probar consensos ilícitos que colocan en riesgo la seguridad pública. De allí que la importancia del resultado de un proceso electoral no radica tanto en el quantum de los votos, sino en su capacidad demostrativa para probar el acuerdo ilegal, como ocurre en casos como el que se juzga en donde las cifras electorales permiten inferir que los testimonios que se refieren al acuerdo son compatibles con

datos objetivos que le dan sentido y coherencia a las declaraciones de (...) y (...), tildadas de contradictorias.  
(...)

Como se ha venido explicando, el injusto de concierto para delinquir está descrito como una fórmula que “anticipa la barrera de protección” de los bienes jurídicos al sancionar el acuerdo de voluntades, sea para cometer delitos, cualquiera que ellos sean, o para cometer otras conductas delictivas específicas, o para promover, organizar, etc., a un grupo ilegal. Desde ese plano dogmático la prueba tiene que ser apreciada conforme a lo que prohíbe el tipo penal, pues de no hacerlo se puede caer en el “riesgo” de confundir el sentido del tipo penal al magnificar los resultados electorales, como si se tratara de un delito electoral y no de un injusto contra la seguridad pública.

4. La regla de la experiencia enseña que por lo general no existe un testimonio sin contradicciones y que una declaración lineal puede corresponder a una versión amañada acerca de hechos o acontecimientos. Por lo tanto, las contradicciones que se suelen observar en un testimonio no necesariamente suponen que la declaración carezca de valor persuasivo, pues su mérito debe decantarse mediante una visión sistemática y no mediante un análisis aislado del medio probatorio. En ese sentido, la Sala, ha expresado:

“En términos generales, el testimonio judicial puede definirse como el relato que hace un tercero al juez de ciertos hechos; y desde su eficacia, como la narración de un tercero acerca de hechos que percibió y que está en capacidad de contar cómo sucedieron y en qué circunstancias ocurrieron. (13)

“A partir de los criterios de percepción y evocación que sustentan en buena parte la eficacia del testimonio, se puede explicar porque no todos quienes perciben un mismo hecho están en capacidad de recrear lo que vivieron con igual fidelidad y detalle, y porque la total o parcial coincidencia en el relato no determina necesariamente la veracidad del testimonio. De allí que la crítica a la declaración de un testigo sobre la base de cualquier contradicción no puede ser el único elemento de apreciación de la prueba testimonial, pero asimismo la concordancia acerca de lugares y personajes tampoco puede ser el único fundamento de su credibilidad.

“Como no existen pautas inexorables para establecer cuando un testigo dice la verdad, son las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia las que permiten establecer el valor más o menos relativo de un testimonio, para lo cual además de la personalidad del testigo, la forma como

percibió, la manera cómo declaró y las singularidades que se observan en su declaración, se debe apreciar la prueba en conjunto con el fin de exponer razonadamente el mérito que se le asigna y poder determinar si las contradicciones del testigo o de los testigos entre si, avalan o demeritan su dicho.... (14)

5. La Sala entiende que las declaraciones de (...) y (...) no son homogéneas e incluso que (...) delega en (...) la responsabilidad de precisar datos y circunstancias. Pero este acontecimiento que la defensa considera un defecto de la mayor gravedad, en verdad corresponde a la dinámica inherente a un aparato organizado de poder y bien puede afirmarse que a un testimonio colectivo en donde cada actor recuerda partes o segmentos de la historia que otros están en posibilidad de complementar, como más adelante se verá.

(...)

La tradición pretende encontrar en la coherencia de un testigo, o en sus inconsistencias, la mejor explicación de su mérito suasorio, regla por lo general que suele emplearse tratándose de hechos de la denominada delincuencia convencional. Sin embargo, así como delincuencia se expresa de acuerdo a nuevos métodos en realidades sociales distintas, también el derecho debe apreciar las pruebas de acuerdo a la estructura del aparato organizado de poder teniendo en cuenta su dinámica ilegal. (15)

6. Para comenzar – y sin necesidad de recurrir al testimonio de personajes como (...) para referirse a las manifestaciones violentas de los grupos ilegales –, es evidente que en el año 2002 buena parte del Departamento de Córdoba fue copado por grupos organizados de “autodefensa” que ejercieron una especie de “soberanía maldita” en municipios como Valencia y Tierralta, imponiendo un “nuevo orden”, de igual manera como en otros, entre ellos Montelíbano, disputaron corredores estratégicos para el negocio del narcotráfico con otras organizaciones armadas, hasta el punto que:

"... Entre 1999 y 2002 hubo diez enfrentamientos entre las AUC y las FARC en los municipios de Montelíbano y Puerto Libertador... En estos municipios no se consolidó el control por parte de estos grupos como se pretendía... Lo que se disputaba eran zonas donde había cultivos de coca en el área rural... Ello no quiere decir que haya control sobre las actividades que se desarrollaban en el área urbana de estos municipios... La afirmación de un control total sobre estos municipios es una afirmación jactanciosa..." (16)

Ningún argumento se tiene para desvirtuar las afirmaciones del doctor Franco Echavarría, quien además de ser un profundo conocedor del conflicto es un experto de las más altas calidades en materia de Derechos Humanos. Por eso tiene la autoridad para sostener que el control paramilitar no tuvo la misma intensidad en Montelíbano, en donde el tejido social y la estructura económica impedían que las autodefensas ejercieran el mismo dominio que tuvieron en otras zonas mucho más vulnerables del departamento.

Pero eso no quiere decir que por esa razón no se hicieran pactos con la clase política o con sectores institucionales, porque así como el grupo armado no tuvo el mismo control de facto en Montelíbano, también lo es que nadie se ha referido a que en Montelíbano fuera necesario el empleo de acciones armadas para cumplir el pacto, o que fuese indispensable tener el control total de la zona para realizar acuerdos ilícitos, o que el concierto ilegal sólo puede surgir allí en donde existe un dominio paramilitar casi absoluto de la región.

Considerado en ese contexto, el testimonio de (...) adquiere la mayor importancia, pues según (...), jefe del Bloque norte de las autodefensas campesinas de Córdoba y Urabá y miembro del denominado Estado Mayor de las Autodefensas Unidas de Colombia, ella fue esencial en la estrategia no de enfrentar a partidos y políticos tradicionales, sino de aliarse con ellos: “una cosa es que hagan parte de nosotros, como Eleonora y Miguel, lo otro son alianzas estratégicas”, indicó el jefe paramilitar en su declaración del 29 de octubre de 2007. (17)

Según eso, no era necesario ni indispensable que el aparato organizado de poder ejerciera el dominio absoluto de un específico municipio para influir en él a favor de sus “aliados estratégicos” o de los miembros de la llamada “ala política” de la organización, pues se reitera, de asumir esa alternativa sería tanto como suponer que los acuerdos ilícitos sólo podían convenirse allí en donde la autodefensa tenía el control total de una población, lo cual es inaceptable.

En ese sentido – aun cuando en otros escenarios la violencia fue el principal medio para crear falsas cohesiones sociales –, la autodefensa no requería del dominio absoluto en lo militar ni en lo social para propiciar el respaldo a la causa de sus aliados, pues entre otros métodos podía hacerlo mediante movimientos en apariencia legales como el “Clamor campesino Caribe”, con el cual lograron infiltrar importantes capas sociales, (18) o incluso a través de “agentes” como (...) y (...), para ese momento decididos miembros de las autodefensas. De modo que en ciertos espacios geográficos sin “recurrir a la violencia” se podía

garantizar acuerdos o pactos en los que la autodefensa estaba interesada, porque como se expresó en la resolución de acusación, “No puede ser un argumento válido para descartar la notoria intervención de la autodefensas que no se haya demostrado la coacción sobre los electores, pues el movimiento de las autodefensas, dada su ascendencia, por temor o por convicción, sobre diferentes movimientos y líderes políticos, no necesitaba de la violencia para alcanzar el nivel de influencia que tuvo en la “actividad democrática”. (19)

Eso, además, permite explicar por qué varios dirigentes políticos locales no supieron de presiones para votar por uno u otro candidato, pero sí de los vínculos de Eleonora Pineda con los grupos armados de autodefensa. En ese sentido, Orlando de Jesús Seiza Pastrana, importante político de Montelíbano, concejal y diputado, y Mariano Cura Demoya, alcalde que apoyó el proyecto a la Cámara, explicaron que ya para esa época se hablaba de los nexos entre la ex congresista y las autodefensas en el municipio de Tierralta. (20) Por esas razones, Mariano Cura Demoya al ser interrogado si sabía de los vínculos entre Eleonora Pineda y las autodefensas, señaló: “Bueno, sí, se decía que ella era apoyada por las autodefensas.”(21)

De manera que así no se pueda hablar de un dominio militar de las autodefensas, sí se puede sostener con igual certeza que ese grupo incursionó en la actividad política de Montelíbano, como lo hizo con una de sus más importantes figuras, obteniendo a pesar de los conocidos rumores acerca de sus vínculos ilegales, el respaldo del alcalde municipal Cura Demoya, quien también apoyó al doctor (...) al Senado durante el mismo debate electoral. Aún cuando de allí no se pueda inferir categóricamente que ese apoyo hacia los dos candidatos sea una prueba del acuerdo ilegal, sí permite vislumbrar que el candidato que tan buen respaldo obtuvo en las elecciones de 2002 no se haya enterado en ese periodo de nada, ni conozca a nadie, ni siquiera a la fórmula que apoyaba su mayor elector, algo ciertamente inusual e increíble de un político de la trayectoria del acusado.

(.....)

la defensa ha querido desestimar la importancia de la votación obtenida en el año 2002 por el ex senador en el Departamento de Córdoba y en particular en el municipio de Montelíbano, con el argumento de que en otras regiones del país e incluso en ciudades con fuertes sectores de opinión también los consiguió, lo que indica que, como lo expresó el doctor Giraldo García, distintas variables inciden en

la formación de la voluntad, tales como la tradición política, el arraigo en la comunidad, o redes clientelistas e incluso el conflicto armado y la violencia política.

Las conclusiones del doctor Giraldo García, no excluyen ni la violencia política ni el conflicto armado, lo que bien sirve para decir que así como en otros sectores del país el doctor (...) pudo obtener una considerable votación por su tradición política, también lo es que en el Departamento de Córdoba, además de redes clientelistas, el resultado que obtuvo se puede explicar, entre otras razones, por la influencia de acuerdos con aparatos organizados de poder.

En esa medida, si se analiza el resultado electoral a la consecución de escaños en el senado obtenido en algunas ciudades por fuera de contexto, sí se puede caer en el riesgo de mal interpretar cifras objetivamente verificables. Pero cuando esos datos, que rompen con la "tradición histórica", y con los "antecedentes electorales" del procesado, se dan en una zona en regiones donde hay evidencia que el paramilitarismo contaminó los procesos democráticos, ya lo electoral no se puede valorar únicamente mediante esquemas causal explicativos muy propios de algunas ciencias exactas, sino a través de métodos esencialmente valorativos. (22)

En ese orden de ideas, obsérvese que se ha tratado de hacer comparaciones desde un plano aritmético para significar que en Bogotá, Cali, y otras ciudades o municipios del país, distintos al Departamento de Córdoba, los resultados en el debate electoral del 2002 crecieron geométricamente y que al igual que sucedió en todo el país, disminuyeron en el 2006 como producto de la "volatilidad electoral" o porque el "viento de cola" que significó en su momento apoyar al doctor (...) no tuvo la trascendencia de otras épocas más afortunadas.

Por fuera de otras consideraciones y desde un plano meramente objetivo, es evidente que la votación del doctor (...) se incrementó en proporciones importantes en vastas regiones del país. Pero asimismo, en ninguna otra parte distinta a Córdoba, por lo menos según lo probado, se ha dicho que la votación del doctor (...) fue consecuencia de acuerdos con líderes de grupos armados al margen de la ley. Por eso, la comparación a partir sólo de cifras no es suficiente para desechar o admitir la influencia del paramilitarismo en votaciones consideradas atípicas. O en otras palabras, el objeto de comparación si bien es idéntico, no es el mismo, por las concretas circunstancias históricas que rodean a específicos resultados electorales.

A todo esto, y para demostrar que los resultados del año 2002 en Montelíbano son incomparables con los de 1998 y 2006, se ha recurrido a la no muy admisible tesis de que el resultado de 2002 no es compatible con la idea de "atipicidad" de las votaciones, pues según la defensa, mientras el doctor (...) obtuvo el 27.03 % de los votos en Montelíbano, el doctor Juan Manuel López logró el 20%, lo cual significaría que esa diferencia es explicable, pues según los expertos sólo se considera excepcional un margen de victoria del 70%.

Aparte de que esa cifra que permitiría considerar atípica una votación es de por sí discutible, lo que no es aceptable es el método para llegar a esa conclusión, pues se reduce el objeto de análisis a escrutar la diferencia entre dos o más candidatos en el mismo periodo electoral, pero olvida que el doctor (...) consiguió 8 votos en el año 1998, con todo y lo que se dice significaba tener entre sus huestes a (...), 4.087 votos en el 2002, y desplomándose nuevamente en el 2006, logrando únicamente 13 votos.

Pues bien:

La exclusiva referencia a un dato aritmético o estadístico, sea que corresponda a un solo proceso electoral o a secuencias históricas, no es en sí mismo una afirmación suficiente o auto constatable, pues no se olvide que los resultados electorales son por antonomasia multicausales o no dependen de una sola causa, según lo expresó incluso el doctor Fernando Zea Castro. Por eso, es posible que en Bogotá o en otras ciudades, o incluso en pequeños pueblos de otros municipios, el resultado obtenido se explique por razones distintas a la intervención de fuerzas ilegales, lo que no significa que ese mismo razonamiento sea predicable del Departamento de Córdoba y concretamente de la votación obtenida en esa región por el doctor (...).

De otra parte, porque el objeto de estudio es distinto, se puede magnificar conclusiones respecto a ciertos hechos. En ese sentido, no se olvide que las ciencias normativas buscan enlazar hechos y consecuencias jurídicas mediante juicios de imputación, y no interpretar la razón de ser de algunos resultados electorales considerados aisladamente, o de establecer la verdad a partir de constataciones estadísticas. (23) Por lo tanto, esas cifras tienen importancia en la medida que desde el plano dogmático demuestran que los testigos mencionados, en definitiva, dijeron la verdad en cuanto que hubo un acuerdo con un grupo ilegal que incrementó el riesgo contra la seguridad pública.

(...)

Desde este punto de vista se ofrece admisible que el estadístico Fernando Zea Castro sostenga que los resultados son multicausales, pues la dinámica electoral y social impide atribuir a una sola causa el incremento desbordado de una votación en un determinado periodo a favor de un concreto candidato. En el lenguaje tan propio de las ciencias causales podría con la teoría de la equivalencia de las condiciones, afirmarse que cualquier causa contribuye a la producción del resultado. Pero eso no es necesario, pues lo que ahora se afirma es que el resultado electoral, cualquiera que él sea - aún cuando en Montelíbano adquiere matices relevantes para la comprobación de la hipótesis -, reafirma lo expresado por (...), en cuanto que hubo acuerdos en ese sentido entre el doctor (...) y las autodefensas.

La única manera de poder afirmar que una única causa puede explicar el resultado electoral sólo sería admisible aislando la conducta del entorno social. Sin embargo, está acreditado que factores de diverso orden pudieron incidir en la producción del resultado, como incluso los tratos clientelistas con Mariano Cura Demoya, pero lo que no se puede aceptar es que esa alianza haya sido la única causa del excelente desempeño electoral y que se excluya que las autodefensas colaboraron, en la cuantía que sea, con ese guarismo.

Por eso, la importancia de los resultados electorales se debe apreciar no tanto en el quantum, sino en el desvalor que expresan en las concretas circunstancias que se juzgan y que conglobados con el muy importante testimonio del jefe paramilitar que dijo desde la primera sesión del mes de mayo de 2007, como postulado en el proceso de justicia y paz, que contribuyó a la causa política del doctor (...), como lo hizo con otros, en una época signada por la irrupción de una fuerza ilegal que pretendió impulsar el mayor número de acuerdos para infiltrar la institucionalidad, al que no escapó, como quedó demostrado en otro proceso penal, el también elegido como senador, (...), a quien superó en votación, según se ha dicho, (...).(24)

7. no escapa a la Corte la distorsión que Eleonora Pineda pretende hacer de los hechos, pero si se recuerda cómo se ha interpretado el testimonio de quien incurre en contradicciones o se retracta de sus afirmaciones iniciales, se puede sostener que generalmente es la primera exposición en la cual suelen encontrarse mejores elementos de juicio para aproximarse racionalmente a la verdad. (25)

8. el concierto como delito de mera conducta y de peligro que es, surge del acuerdo y no de acciones concretas, por lo que basta ese mínimo



desvalor de peligro contra la seguridad pública que nace de la potencialidad de promover al grupo ilegal.

9. Según el artículo 61 del Código Penal, naturaleza y gravedad de la conducta son categorías que expresan la antijuridicidad del comportamiento y la dimensión del injusto, indispensables en orden a brindar una respuesta proporcional a la agresión causada.

Si bien no se dedujeron agravantes de ninguna especie, la pena a imponer será de 90 meses de prisión, correspondiente al máximo parámetro del primer cuarto; quantum que constituye una respuesta punitiva simétrica a la gravedad de la conducta en concreto, debido al incremento del riesgo contra la seguridad pública, y por la intensidad del dolo que se refleja en el hecho de pactar voluntariamente la promoción de grupos armados por fuera de la institucionalidad.

Siendo consecuente con esa definición, la pena de multa será de 6.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, de conformidad con el artículo 52 del Código Penal, la Sala condenará al doctor (...) a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

10. Es igualmente claro que de acuerdo con el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, al no haberse probado que se hubiesen causado perjuicios materiales y morales, no procede la condena por ese aspecto.

11. se advierte que no hay lugar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a su sustitución por la prisión domiciliaria. En ambos casos, por impedirlo un requisito objetivo. En el primero, porque la ley sólo autoriza el subrogado frente a penas de prisión impuestas no superiores a 3 años y en el segundo, porque sólo es viable la consideración de esa sustitución cuando la pena mínima prevista en la ley para el delito objeto de condena sea de 5 años o menos, según los términos de los artículos 38 y 63-1 del Código Penal.

---

1. *Auto del 28 de abril de 2010*

2. *Corte Suprema de Justicia, Sala penal, providencia citada.*

3. *Roxín Claus y otros, La teoría del Bien Jurídico. Marcial Pons, Barcelona, 2007, pag. 449.*

4. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, sentencia del 18 de noviembre de 2008.*

5. *Muñoz Conde, Francisco. El Nuevo derecho penal autoritario. En el derecho penal ante la globalización y el terrorismo. Tirant lo blanch, página 164.*

6. En este punto, para establecer la necesidad de intervención y la prohibición de exceso se debe considerar que: "La libertad fue una conquista de las revoluciones políticas liberales, mientras la seguridad lo fue de las revoluciones sociales. Ambas se han convertido en derechos fundamentales y ambas han exigido la prestación de las necesarias garantías para afianzarlas." Bergalli Roberto, *Libertad y Seguridad, un equilibrio extraviado. En el derecho ante la globalización y el terrorismo.* Valencia, 2004.

7. En el artículo 7 del decreto 180 de 1988, conocido como "Estatuto para la defensa de la Democracia", se delineó la siguiente fórmula: "Concierto para delinquir. El que forme parte de un grupo de sicarios o de una organización terrorista incurrirá por este solo hecho en prisión de diez (10) quince (15) años.

"La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan a los integrantes de estos grupos u organizaciones."

8. Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 26.942, auto del 14 de mayo de 2007, reiterada en la sentencia del 25 de noviembre de 2008, en la cual se indicó:

"El artículo 340 del Código Penal define diversas formas de ataque al bien jurídico que denotan la manera progresiva como se atenta contra la seguridad pública. Así, en el inciso segundo, es el acuerdo de voluntades para promocionar, organizar, financiar o armar grupos armados al margen de la ley lo que le da sentido al injusto, en el contexto de una modalidad muy propia de los tipos de peligro; y en el tercero, desde la óptica de la efectiva lesión, se sanciona la conducta de armar, financiar o promocionar a tales grupos. Eso implica que se describen conductas secuenciales en escala de menor a mayor gravedad cuya lesividad se refleja precisamente en el tratamiento punitivo, como corresponde al principio de proporcionalidad."

De igual manera, señaló:

"En la escala progresiva de protección de bienes jurídicos, el acuerdo que da origen al concierto para organizar, promover, armar o financiar grupos al margen de la ley, se diferencia de la efectiva organización, fomento, promoción, dirección y financiación del concierto, moldeando diferentes penas según la ponderación del aporte que se traduce en un mayor desvalor de la conducta y en un juicio de exigibilidad personal y social mucho más drástico para quien efectivamente organiza, fomenta, promueve, arma o financia el concierto para delinquir, que para quien sólo lo acuerda." 1

9. "Desde la perspectiva positivista, toda norma es un momento con vocación de eternidad o una eternidad provisional... Entre la promulgación y la derogación de la ley no sucede nada. No hay tiempo...Pero el tiempo hecho cultura impregna la aplicación del derecho y lo va transformando tanto desde fuera como desde dentro". *Postmodernidad y derecho*, De Trazegnies Granda. Ed. Temis. 1993.
10. Recuérdese que Welzel consideraba que las estructuras lógico objetivas constituían un límite al poder de configuración de legislador. En consecuencia, el legislador no crea las conductas sino que las extrae de la vida social. Por lo tanto, desde ese mismo punto de vista, el juez no puede desconocer el sentido ni el contenido de las conductas.
11. Kant, Emmanuel, *La Paz Perpetua*
12. artículo 238 de la ley 600 de 2000.
13. Para Parra Quijano, Jairo, la percepción y la evocación son temas relativos a la eficacia del testimonio. En idéntico sentido, Devis Echandía señala que para que el testimonio sea eficaz "debe tener por objeto hechos conocidos por el testigo en virtud de percepciones sensoriales." *Teoría general de la Prueba Judicial*, tomo segundo, Quinta edición, Editorial Temis, año 2002, Página 22
14. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia del 1 de diciembre de 2010, radicado 32.776.
15. "El derecho intenta aprisionar el tiempo, insertándolo dentro de un orden formal que establece los criterios de las periodicidades. Niega al tiempo su patrón de los ritmos y de las medidas y trata de obligarlo a regirse por las rutinas y secuencias del orden jurídico." Cfr., *Postmodernidad y Derecho*. De Trazegnies Granda. Ob. Cit.
16. Cfr., testimonio de (...), sesión de audiencia pública del 12 de julio de 2010
17. Cfr, minuto 41:18
18. Preguntado: "Qué es el movimiento Clamor Campesino Caribe?" Contestó: "Un movimiento creado por la clase agropecuaria de Córdoba, pero debo decir que siempre se dijo que detrás de ese movimiento pudo estar la mano de las autodefensas. El origen de ese movimiento es de antes del año 2000. Hizo actos como paro de productos agrícolas." Declaración de (...), 15 de septiembre de 2010, minuto 2:24:30.
19. Cfr, providencia del 11 de febrero de 2010.
20. En declaración en audiencia el 14 de septiembre de 2010, Seiza Pastrana señaló: Preguntado: "Supo de nexos de Eleonora con

*autodefensas*". Contestó: "Propiamente en Montelíbano no. Uno por los rumores oía que en Tierralta, hasta ahí conocí" minuto 1:20:38.

21. Cfr, declaración del día 14 de septiembre de 2010, minuto 45:27.

22. Muchas veces se piensa que la única explicación posible es la que relaciona una causa con el efecto de manera necesaria, casi a la manera de las ciencias exactas, con el argumento de que solo lo exacto es científico, según el pensamiento heredado de la tradición Aristotélica. Sin embargo, tratándose de relaciones de imputación, muy propias de las ciencias normativas, lo importante es la relación de imputación y no de causalidad

23. El proceso penal es fundamentalmente un proceso de aproximación racional a la verdad, pero no a una verdad objetiva, pues si así fuera, como lo enseña Ferrajoli, "... si se pensara que el juicio penal debe alcanzar la verdad "objetiva" y si se tomase al pie de la letra el principio de in dubio pro reo, los márgenes irreductibles que caracterizan a la verdad procesal deberían comportar la ilegitimidad de cualquier condena..."

24. En el 2002, en Montelíbano, (...), obtuvo 4.087 votos, mientras que doctor (...) logró 3.023. En el 2006, en el mismo municipio, por Juan Manuel López votaron 4.016 personas y por (...) 13.

25. La variación del contenido de la declaración de (...) en relación con su testimonio inicial constituye en esencia una retractación. En ese sentido, "la retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación solo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso" (Cfr. Casación del 15 de junio de 1999, radicado 10.547)

Febrero 21 de 2011. Sentencia Única Instancia: 27918. Sala de Casación Penal.

## 2. CORTE CONSTITUCIONAL

### -Sentencias de Constitucionalidad:

La información que se consigna sobre las sentencias es obtenida en los Comunicados de Prensa publicados por la Corte Constitucional.

#### **Artículos 18 y 24 de la Ley 1383 de 2010 “Por la cual se reforma la Ley 769 de 2002 -Código Nacional de Tránsito- y se dictan otras disposiciones”.**

“La Corte reiteró la existencia de una amplia potestad configurativa del legislador para la regulación de normas de tránsito terrestre y especialmente, de normas que fijan restricciones o sanciones por infracciones de tránsito, dentro de los límites de racionalidad y proporcionalidad que imponen los principios y derechos constitucionales. De igual modo, para regular procedimientos y procesos administrativos concernientes a la imposición de sanciones de tránsito.

En el caso concreto del artículo 18 de la Ley 1383 de 2010 que prevé la obligación solidaria del propietario del vehículo y de la empresa afiliadora, cuando existe responsabilidad de éstos en la comisión de la infracción cometida, la Corte consideró que es razonable y proporcional, por cuanto: (i) cumple con una finalidad constitucional legítima, en cuanto propende por la garantía del cumplimiento y aplicación de las normas de tránsito, tanto por parte de los conductores, como de los propietarios o empresas afiliadoras; así, como por el recaudo de las multas impuestas por la comisión de infracciones, de conformidad con la potestad sancionatoria del Estado –artículos 6º y 150.2 de la Constitución- y contribuye igualmente a garantizar a la consecución de los fines, valores y derechos constitucionales que protegen las normas de tránsito, tales como la locomoción y movilidad de todas las personas y ciudadanos en el territorio nacional en condiciones de seguridad y la protección a la vida e integridad física, de los bienes, de la infraestructura y malla vial y del medio ambiente; (ii) la medida adoptada constituye un medio adecuado y necesario para la garantía de los fines, valores y derechos expuestos y (iii) resulta proporcional en sentido estricto, por cuanto no afecta otros derechos fundamentales y no desconoce la imputación de responsabilidad, ni el debido proceso administrativo.

Así mismo, la Corte encontró que al realizar una interpretación sistemática de la norma se concluye que ni al propietario del vehículo ni a la empresa a la cual se encuentra afiliado éste, les es desconocido el

debido proceso, ni el derecho de defensa, por cuanto una vez ocurrida la infracción se les notifica de la imposición del comparendo y tienen la posibilidad de comparecer e intervenir en el proceso, tal como lo dispone el artículo 22 de la Ley 1383 de 2010. De esta forma, el artículo 18 no establece una responsabilidad objetiva, sino que prevé claramente que la solidaridad sólo se presenta cuando exista responsabilidad del propietario o de la empresa, en los casos de infracción previstos en el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010, establecida con el lleno de las garantías procesales y sustanciales inherentes al debido proceso.

Por otra parte, la Corporación estableció que las acusaciones formuladas contra el artículo 24 de la Ley 1383 de 2010 no estaban llamadas a prosperar, pues la regulación relativa a la reducción de las multas por infracciones de tránsito no resulta violatoria del debido proceso. Contrario a lo que sostiene el demandante, si bien el texto de la norma no menciona expresamente al propietario del vehículo o a la empresa donde se encuentra afiliado el vehículo automotor, de ello no se puede deducir que la disposición desconozca el derecho al debido proceso del propietario y de la empresa afiliadora. En efecto, la norma se refiere de manera general al “inculpado”, que es la persona objeto de acusación en un procedimiento sancionador y al “contraventor”, sujeto que contraviene una regla, norma o disposición, de manera que estas expresiones no hacen alusión necesariamente y de manera específica al conductor del vehículo, sino que también se refieren al propietario del mismo o a la empresa a la cual está afiliado, en razón a que éstos también pueden ser inculcados dentro de un proceso administrativo de carácter sancionador o contraventores de las normas de tránsito.

De esta forma y según lo prescribe el primer aparte del artículo 24 de la Ley 1383 de 2010, cualquiera que sea el “contraventor” o el “inculpado”, bien se trate del conductor, el dueño del vehículo o la empresa a la cual se encuentra afiliado el mismo, pueden aceptar de manera voluntaria la comisión de la infracción de tránsito y sin necesidad de ninguna otra actuación administrativa, pueden acceder a la reducción de la multa, pagando un porcentaje de la multa impuesta, dentro de los términos y plazos fijados por el citado precepto. De igual modo, a todos ellos se les garantizará el debido proceso administrativo en caso de que rechacen la comisión de la infracción de tránsito y dentro del mismo, la administración pública adelantará las actuaciones dirigidas a determinar la responsabilidad o culpabilidad del verdadero infractor y si existe o no

responsabilidad solidaria entre éstos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 1383 de 2010.

Por consiguiente, los artículos 18 y 24 de la Ley 1383 de 2010 resultan ajustados a la Constitución, frente a los cargos analizados en esta providencia”.

Febrero 16 de 2011. Expediente D-8206. Sentencia C-089 de 2011. Magistrado ponente: Doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

**Inciso primero del artículo 135 de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.**

“La Corte Constitucional determinó que no le asistía razón al demandante cuando acusa de omisión legislativa relativa el artículo 135 de la Ley 100 de 1993 por no haber contemplado el tratamiento tributario de la figura de la conmutación pensional.

Puso de presente que el objeto de la mencionada ley era la creación del sistema de seguridad social integral en cumplimiento del artículo 48 constitucional, sistema de seguridad social integral definido por la misma ley como el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios definidos en la ley. En ese sentido el sistema es uno y dentro de él los regímenes de salud, pensiones y servicios complementarios. En consecuencia, el legislador no estaba obligado a contemplar en la Ley 100 de 1993 la figura de la normalización pensional ni mucho menos su tratamiento tributario, dado que estaba diseñando el nuevo sistema sin que necesariamente estuviera obligado a regular un aspecto excepcional como lo es la figura que el actor echa de menos.

Señaló que si bien es cierto que la conmutación hace parte de lo que los doctrinantes denominan la movilidad de los recursos financieros en el sistema de pensiones, la cual permite la transferencia de recursos del patrimonio del empleador a una entidad dentro del sistema de seguridad social para trasladar la responsabilidad en el pago de la pensión, ello no implica que su consagración en la Ley 100 fuera estrictamente necesaria para la configuración del nuevo sistema de seguridad social que se implantaría en el país.

Para la Corte, dentro de esa lógica, el artículo 135 referido al tratamiento tributario de los fondos que manejarían los recursos para el nuevo sistema, no tenía por qué referirse al mecanismo de la conmutación pensional que se introdujo por el Decreto 2677 de 1971 y posteriormente, se volvió a regular en la Ley 550 de 1999. Tampoco, es posible sostener

válidamente, que la norma acusada esté excluyendo un ingrediente, una condición normativa o una consecuencia jurídica que permita concluir que su consagración normativa era esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Constitución, tal como lo exige la jurisprudencia constitucional, porque la figura de la normalización pensional no era propia de la regulación de la Ley 100 de 1993, ni mucho menos de los fondos a los que se refiere el artículo 135 acusado. Tampoco es admisible concluir que esa ausencia de regulación implique el incumplimiento del legislador de un deber constitucional, como parece pretenderlo el demandante.

Advirtió que la pretensión real del demandante no era otra que la que él expresamente consagra en su escrito de demanda, que consiste en que la Corte Constitucional le “aclare que todos los recursos, fondos y movimientos que tengan por el fin el pago de obligaciones pensionales, incluyendo las operaciones de conmutación normalización y administración de patrimonios autónomos en materia de pensiones” están cobijados con la prohibición constitucional del inciso del artículo 48 de la Constitución y para ello intentó construir un cargo por omisión legislativa relativa. La función de la Corte Constitucional no es la de aclarar dudas a los ciudadanos sobre la aplicación de las normas, así éstas sean de carácter constitucional. En el caso concreto, se considera que el actor pretendió su objetivo haciendo uso de la acción pública de constitucionalidad para provocar un pronunciamiento de la Corte a partir de una interpretación de una figura que no fue regulada en la norma acusada y que por el objeto de la ley en la que ella se ubica, no tenía porque ser consagrada. Ahora bien, si lo que el actor quería demandar era la interpretación que se viene haciendo del artículo 135 de la Ley 100 de 1993, así ha debido indicarlo y cumplir los requisitos que ha exigido la jurisprudencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por interpretación.

Finalmente, recordó que esta Corporación ha señalado que no se puede confundir la omisión legislativa relativa con el hecho de que el legislador no tenga que hacer la regulación que se echa de menos en la norma acusada sino en otra diferente, no objeto de acusación. En consecuencia, no existe la omisión legislativa relativa que alega el actor y, por tanto, procedió a declarar la exequibilidad del inciso primero del artículo 135 de la Ley 100 de 1993”.

Febrero 16 de 2011. Expediente D-8180. Sentencia C-090 de 2011. Magistrado ponente: Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



**Artículo 33, numeral 3, literal b), artículo 34, numeral 2 y numeral 6 de la Ley 820 de 2001. Por la cual se expide el régimen e arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones”.**

“En primer lugar, la Corte señaló que el objeto de la Ley 820 de 2003 no se limita al contrato de arrendamiento de vivienda urbana en sentido estricto, sino que también establece otras disposiciones relativas a las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de ciertas entidades territoriales, respecto del ejercicio de la actividad inmobiliaria de vivienda urbana, en especial, en cuanto tiene que ver con el contrato de administración y las facultades sancionatorias en caso de presentarse incumplimientos en dicho contrato. Advirtió que todos estos temas están enunciados en el título de la ley y previstos en el objeto de la misma, determinado en el artículo 1º de la Ley 820 de 2003. Dado que las competencias cuya constitucionalidad se cuestiona, no son ajenas a la materia de esta ley, el cargo por violación del principio de unidad de materia no estaba llamado a prosperar.

De otra parte, las competencias conferidas a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y a las alcaldías municipales del país, para controlar el ejercicio de la actividad inmobiliaria de vivienda urbana, especialmente en lo referente al contrato de administración e imponer las sanciones previstas en el numeral 6 del artículo 34 acusado, no desconocen las funciones legislativas consagradas en el artículo 150 de la Constitución Política. En efecto, expresamente, la Carta le atribuye al Congreso la función de establecer las competencias de las entidades territoriales (art. 150, num. 4), de manera que el cuestionamiento del actor no prospera.

Por último, la Corte encontró que la atribución de imponer sanciones a las personas que ejercen profesionalmente la actividad inmobiliaria de arrendamiento de bienes raíces según lo previsto en el artículo 28 de la Ley 820 de 2003, por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones estipuladas en el contrato de administración suscrito con el propietario del inmueble, no vulnera el principio de igualdad por la circunstancia de que no se pueda sancionar también a los propietarios. Desde la perspectiva del sistema de control, inspección y vigilancia, del cual hace parte la disposición demandada, los arrendadores profesionales y los propietarios de inmuebles no están ubicados en el mismo plano, pues aquellos son destinatarios del sistema de supervisión, como profesionales en arredramiento, mientras que éstos no lo son.

Salvamento parcial de voto y aclaración de voto

El magistrado MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO manifestó su salvamento de voto parcial, por cuanto consideró que no había lugar a pronunciarse sobre el cargo por violación del principio de unidad de materia, en la medida que había operado la caducidad de la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 242 de la Constitución y habida cuenta que contrario a lo que sostenido la jurisprudencia de esta Corte, la falta de unidad de materia constituye un vicio de forma. Entre otros argumentos, resaltó que la unidad de materia no implica una confrontación de la norma legal con la Constitución, sino con el texto legal mismo del cual hace parte.

El magistrado HUMBERTO ANTOIO SIERRA PORTO anunció la presentación de una aclaración de voto, sobre el mismo punto de la naturaleza del vicio de inconstitucionalidad por violación del principio de unidad de materia.

Febrero 23 de 2011. Expediente D-8211. Sentencia C-102 de 2011. Magistrado ponente: Doctor Mauricio González Cuervo.

**Artículo 165 y numeral 5 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.**

“El análisis de la Corte parte del reconocimiento de la amplia potestad de configuración del legislador en materia penal, pero limitada al mismo tiempo por las normas constitucionales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de forma que las restricciones a los derechos que prevea el legislador en ejercicio de dicha potestad, no resulten arbitrarias.

Acorde con la protección que los artículos 5º y 42 de la Constitución Política consagran a favor de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, independientemente de su origen, el Código Penal –Ley 599 de 2000- recoge en varias de sus disposiciones algunas formas de protección de la familia, bien sea tipificando expresamente conductas que atentan contra su integridad, o bien otorgando consecuencias particulares más gravosas, cuando existen ciertas relaciones de parentesco entre los sujetos activos y básicos de las conductas punibles, habida cuenta que su ocurrencia en el entorno familiar representa una contradicción grave frente a los deberes mutuos de amor, cuidado y protección que debe operar entre los miembros de una familia. Dentro del conjunto de personas protegidas especialmente, la mayor parte de las normas penales incluyen tanto al o la cónyuge, como al compañero o compañera permanente y los familiares cercanos hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Una de esas medidas de protección especial se encuentra en el numeral 5) del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, norma que se demanda en esta ocasión, la cual establece un incremento en la pena cuando el delito de desaparición del delito de desaparición forzada se cometa con el fin de afectar la labor que cumplen servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes sindicales, políticos o religiosos, testigos de conductas punibles o disciplinarias, jueces de paz o contra ciertas personas por razón de sus creencias u opiniones políticas o pertenecer a grupos frente a los cuales existe alguna forma de discriminación o intolerancia. En este supuesto, el delito no recae directamente sobre ellos, sino sobre sus familiares más cercanos hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

La Corte advirtió que al no encontrarse dentro de esa lista, de conformidad con las definiciones del Código Civil, el o la cónyuge, ni el compañero o compañera permanente, el legislador incurrió en una omisión relativa contraria al derecho a la igualdad, por cuanto debían recibir la misma protección de los parientes incluidos en la disposición legal, atendiendo a la relación de cercanía, amor y cuidado y los vínculos jurídicos que los unen como familia con la víctima indirecta y el hecho de que su desaparición forzada podría generar el mismo efecto nocivo que la norma quiere prevenir, esto es, ataques indirectos contra ciertas personas, por razón de la función que cumplen o su pertenencia a ciertos grupos marginados o discriminados. De hecho, en el caso del o la cónyuge y del compañero o compañera permanente, resulta inexplicable su exclusión dado que los lazos que los unen pueden ser incluso más fuertes que los que los vinculan con algunos de los parientes expresamente incluidos.

Para la Corte, no existe razón suficiente que justifique ignorar el hecho evidente, reconocido por el artículo 42 de la Constitución, que el o la cónyuge y el o la compañera permanente cumplen un papel fundamental y determinante en la conformación de la familia, por lo que su exclusión genera una desigualdad negativa respecto de quienes sí fueron incluidos en el grupo de personas enunciadas en el numeral 4) del artículo 166 del Código Penal, pues los priva de la especial consideración que se tuvo en cuenta por el legislador para establecer la causal de agravación del delito de desaparición forzada. A su juicio, este es uno de los casos en los que de manera excepcional, la Corte debe acudir a una sentencia modulativa, pues la simple exhortación al Congreso para que subsane la inconstitucionalidad resulta insuficiente, dada la

gravedad del daño social que produce la desaparición forzada, la desprotección en que quedarían tanto las personas mencionadas en el numeral 4) del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, como sus parientes más cercanos y la estrecha relación que existe entre este delito y el homicidio.

Por consiguiente, con el fin de preservar los derechos constitucionales omitidos en el diseño de la disposición legal demandada y para que cese la discriminación negativa que dicha omisión general, la Corte procedió a declarar la exequibilidad del numeral 5) del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que las circunstancias de agravación punitiva allí contemplada se extiende 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 4) de la citada disposición legal.

En cuanto se refiere al artículo 165 de la Ley 599 de 2000, la Corte encontró que no se formulan cargos concretos y específicos, pues si bien el actor lo señala como demandado, los argumentos que desarrolla se circunscriben al numeral 5) del artículo 166 de la misma ley. En ausencia de cargos, lo procedente era la inhibición para proferir un fallo de fondo sobre el citado artículo 65, por ineptitud sustancial de la demanda.

Salvamentos y aclaración de voto

Los magistrados MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB y HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO salvaron el voto respecto de esta decisión, por cuanto no procedía en este caso una declaratoria de exequibilidad condicionada que amplió el diseño normativo de las causales de agravación punitiva, el cual corresponde a la potestad de configuración del legislador en materia penal (art. 29 C.P.), en contravía de lo que ha sido la línea jurisprudencial de la Corte a este respecto.

A su juicio, la decisión adoptada en este caso excede la competencia de la Corte Constitucional en materia de formulas para reparar omisiones legislativas. Mediante una sentencia aditiva se ha extendido la aplicación de una situación de agravación punitiva a una circunstancia no contemplada por el legislador. Es decir, se ha obviado el criterio jurisprudencial desarrollado por esta Corporación, según el cual la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) luego es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”. De manera reiterada esta Corte ha sostenido que es el legislador quien está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino también a definir la conducta punible de manera clara, precisa e

inequívoca. Por lo que hacerlo mediante una sentencia resulta contrario a las competencias del Tribunal Constitucional y al alcance del control de constitucionalidad en Colombia. Si bien la técnica de las sentencias aditivas fue implementada para reparar problemas de igualdad ocasionados por una omisión legislativa relativa, su sentido se refiere al contexto en el que se detecta un trato desfavorable o discriminatorio que afecta a ciertos sujetos respecto de una prestación o el goce de un derecho. Y esta no es la situación que se resuelve mediante la sentencia de la que discrepo, pues no se puede entender que la circunstancia de agravación punitiva –prevista inicialmente para parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil- sea un trato favorable previsto para ciertos sujetos que debe ser extendido a otros –los cónyuges o compañeros o compañeras permanentes-.

Por lo tanto esa técnica no debe ser empleada en materia penal, ni para ampliar los supuestos del un tipo penal, ni los sujetos activos, ni los bienes tutelados, ni los sujetos pasivos, ni en definitiva cualquiera de los elementos del tipo penal. Ello implicaría que a los jueces de control de constitucionalidad se les ha otorgado la facultad de diseñar o complementar el diseño de la política criminal. Una cosa es ejercer control de constitucionalidad sobre dicha política, y una muy distinta modificarla, reformarla, extenderla o limitarla. En estos casos en que se configura desde el punto de vista constitucional una omisión del legislador que sugiere una protección deficiente, corresponde a la Corte Constitucional hacer un exhorto o un reenvío al Legislador, para que éste regule la omisión hallada, tal como se ha hecho en otras oportunidades. El magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO aclaró el voto, por cuanto si bien participa de la decisión de exequibilidad condicionada del artículo 166.5 de la Ley 599 de 2000 y no es indiferente a los argumentos esgrimidos por los magistrados que salvaron el voto respecto del riesgo de invadir el campo competencial del órgano legislativo -que se acrecienta si se trata normas penales- considera que esta prevención quedaba superada si se entiende que cuando la disposición legal alude a parientes por afinidad hasta el segundo grado, de las personas a las que se refiere el tipo penal de desaparición forzada, es lógico que allí tiene que estar incluido el o la cónyuge, pues el vínculo de afinidad se deriva del matrimonio.

En su concepto, por los términos o referentes que utiliza el enunciado normativo, el legislador también quiso proteger, con más razón, al o la cónyuge del sujetos que contempla el tipo penal, pues si pretendió

acaparar al suegro o al cuñado, con mayor razón a la fuente u origen de esa relación, con la que indiscutiblemente, se supone, se traban mayores, íntimas y cercanas relaciones de afecto. Al mismo tiempo, si lo anterior se predica del o la cónyuge, también debe predicarse del compañero o compañera permanente, habida consideración de que hoy por hoy, como es bien conocido, para infinidad de efectos jurídicos, esas dos categorías jurídicas se equiparan. Así pues, frente a la omisión de la norma, que si bien podría calificarse de gramatical, no por ello deja de revestir la connotación de una omisión legislativa relativa, razón por la cual había que adoptar una decisión reparadora del déficit de igualdad, estando la modalidad de sentencia acorde con la finalidad perseguida”.

Febrero 23 de 2011. Expediente D-8199. Sentencia C-100 de 2011. Magistrada ponente: Doctora María Victoria Calle Correa.

### **III. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

#### **Decretos de la Presidencia de la República:**

##### **Decreto 290 de 2011.**

(04/02). Por el cual se establecen unas medidas transitorias para la implementación de la nueva aplicación del Sistema Integrado de Información Financiera, SIIF Nación. Diario Oficial 47.973.

##### **Decreto 371 de 2011.**

(10/02). Por el cual se ordena la publicación del Proyecto de Acto Legislativo número 15 de 2010 Senado - 147 de 2010 Cámara, por medio del cual se adiciona en forma transitoria un parágrafo en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia (Primera Vuelta). Diario Oficial 47.979.

##### **Decreto 372 de 2011.**

(10/02). Por el cual se ordena la publicación del Proyecto de Acto Legislativo número 11 de 2010 Senado - 118 de 2010 Cámara, por el cual se deroga el artículo 76 y se modifica el artículo 77 de la Constitución Política de Colombia (Primera Vuelta). Diario Oficial 47.979.

##### **Decreto 373 de 2011.**

(10/02). Por el cual se ordena la publicación del Proyecto de Acto Legislativo número 013 de 2010 Senado - 123 de 2010 Cámara, por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los

artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones (Primera Vuelta). Diario Oficial 47.979.

**Decreto 358 de 2011.**

(10/02). Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 4836 de 2010. Diario Oficial 47.979.

**Decreto 359 de 2011.**

(10/02). Por el cual se establecen los cupos de bienes importados a que se refiere el inciso 3º del artículo 477 del Estatuto Tributario para el año 2011. Diario Oficial 47.979.

**Decreto 360 de 2011.**

(10/02). Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 715 de 2001 y el Decreto Legislativo 017 de 2011 y se modifican los Decretos 159 de 2002 y 2878 de 2007. Diario Oficial 47.979.

**Decreto 399 de 2011.**

(14/02). Por el cual se establece la organización y funcionamiento del Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana y los Fondos de Seguridad de las Entidades Territoriales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.983.

**Decreto 415 de 2011.**

(14/02). Por el cual se modifica el Decreto 1965 de 2010 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.983.

**Decreto 493 de 2011.**

(23/02). Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 437-1 y 437-2 del Estatuto Tributario. Diario Oficial 47.992.

**Decreto 510 de 2011.**

(24/02). Por el cual se adoptan las directrices para la formulación del Plan de Acción para la Atención de la Emergencia y la Mitigación de sus efectos. Diario Oficial 47.993.

**Decreto 545 de 2011.**

(28/02). Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 5º, 7º, 48 y 50 de la Ley 1429 de 2010. Diario Oficial 47.997.