

Sentencia C-100/11

AGRAVACION PUNITIVA DEL DELITO DE DESAPARICION FORZADA-Debe incluir al cónyuge, al compañero (a) permanente de los funcionarios y demás personas mencionadas en el artículo 166 del Código Penal

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos del concepto de violación

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Procedencia de cargos por omisión legislativa relativa es excepcional

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Criterios objetivos de procedencia

Dichos criterios son: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tendrían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. Además de los anteriores criterios, en las Sentencias C-371 de 2004 y C-800 de 2005, la Corte precisó que es menester tener en cuenta: (i) si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta, o (ii) si se está más bien, ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas.

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Jurisprudencia constitucional

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha afirmado de manera reiterada que la potestad de configuración del legislador en materia penal es una competencia amplia pero limitada por las normas constitucionales, así como por “los principios de razonabilidad y proporcionalidad,” a fin de que las restricciones a los derechos que prevea el legislador en ejercicio de dicha potestad no resulten arbitrarias. En este sentido, la Corte resaltó lo siguiente en la sentencia C-070 de 1996: “(E)n el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales. Tales límites pueden ser explícitos como implícitos. Así, al Legislador le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer las penas de muerte (CP art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (CP art. 34), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo (CP art. 2). La dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad”

LEGISLADOR-Titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal/**POLITICA CRIMINAL**-Concepto

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO-Alcance

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Parentesco como factor de agravación punitiva para prevenir el daño social que produce la desaparición forzada/**CONYUGE Y COMPAÑERO O COMPAÑERA PERMANENTE**-Cumplen un papel fundamental y determinante en la conformación de la familia.

El Legislador, en ejercicio de su potestad de configuración en materia penal, decidió que era relevante para prevenir el daño social que produce la desaparición forzada, tener en cuenta el parentesco como factor de agravación punitiva. Y para ello, estableció los grados de cercanía que estaban protegidos. No obstante, omitió al o la cónyuge y al o la compañera permanente, quienes si bien no son parientes, tienen con la persona señalada en el numeral 4º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, fuertes y estrechos vínculos jurídicos y afectivos. No parece existir razón suficiente para ignorar el hecho evidente, reconocido por el artículo 42 Superior, que el o la cónyuge y el o la compañera permanente cumplen un papel fundamental y determinante en la conformación de la familia.

SENTENCIA INTEGRADORA EN MATERIA PENAL-Alcance/EXHORTACION AL CONGRESO POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance/MODULACION DE NORMA PENAL POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Alcance

Establecida la inconstitucionalidad de la omisión legislativa relativa, es necesario referirse al remedio constitucional que mejor sirva a la protección de los 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, y demás personas a las que se refiere el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, y de sus familiares más cercanos. Sobre la posibilidad de dictar sentencias integradoras en materia penal, un sector de la doctrina considera que en dicha materia este tipo de sentencias pueden llegar, en ciertos casos, a tener el alcance de desconocer el principio de legalidad de los delitos y las sanciones, por lo cual es preferible declarar la exequibilidad de la norma cuestionada y exhortar al Congreso para que corrija el defecto constitucional. Así sucedió por ejemplo en la sentencia C-016 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis), donde la Corte a pesar de reconocer la existencia de una omisión legislativa relativa que dejaba desprotegidos a los compañeros o compañeras permanentes frente al delito de inasistencia alimentaria, prefirió exhortar al Congreso, para que fuera éste quien corrigiera dicha omisión. A pesar de la exhortación de la Corte, la expedición de la norma penal que extendió la protección penal al compañero o compañera permanente frente al delito de inasistencia alimentaria se produjo casi cuatro años después de la sentencia C-016 de 2004, con la expedición de la Ley 1181 de 2007, dejando desprotegidos durante ese período a cientos de compañeros y compañeras permanentes, tal como fue resaltado durante el debate de la ley en el Congreso. Otro sector de la doctrina ha considerado que de manera excepcional se puede acudir a este tipo de remedio, dado que la mera exhortación al Congreso permite que una situación inconstitucional se perpetúe en el tiempo y en esa medida, se ha acudido a este remedio constitucional. Lo cual muestra que en realidad no existe una incompatibilidad entre la materia penal y la modulación de las sentencias (a través de fallos interpretativos o integradores, según el tipo de modulación que se haga), sino con el tipo de modulación que pueda hacerse de tal manera que conduzca a una norma equívoca. En el caso de la modulación de normas penales que han incurrido en omisiones legislativas relativas, ésta ha conducido tanto a ampliar tipos penales, como a atenuar o agravar las consecuencias punitivas.

Referencia: expediente D-8199

Accionante: Iván Santiago Martínez Vásquez

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 y el numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, "por la cual se expide el Código Penal".

Magistrada Ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos de trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Constitución Política, el ciudadano Iván Santiago Martínez Vásquez, demandó el artículo 165 y el numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”, por considerar que vulneraban el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 42, 43 y 85 de la Constitución.

Mediante Auto de trece (13) de julio de dos mil diez (2010), la demanda de la referencia fue admitida.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

El texto de las expresiones demandadas, el cual aparece resaltado en negrilla, es el siguiente:

LEY 599 DE 2000

(julio 24)

Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000

Por la cual se expide el Código Penal

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

“ARTICULO 165. Desaparición Forzada.¹ El particular que ~~perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley²~~ someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.³

“Artículo 166. Circunstancias de agravación punitiva.⁴ La pena prevista en el artículo anterior será de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses de prisión, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2666.66) a siete mil quinientos (7500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

(...)

“4. Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra

¹ El texto citado tiene las penas aumentadas a partir del 1o. de enero de 2005, según lo que establece el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

² Aparte tachado declarado inexecutable en la sentencia C-317-02 de 2 de mayo de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández)

³ Inciso declarado executable en la sentencia C-317-02 de 2 de mayo de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), 'bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona'

⁴ El texto citado tiene las penas aumentadas a partir del 1o. de enero de 2005, según lo que establece el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia.

“5. 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.” (Negrillas fuera de texto)

III. LA DEMANDA.

El actor considera que el numeral 5 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000 impugnado vulnera el Preámbulo y los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 13, 42 y 43 de la Carta, al no incluir al cónyuge y al compañero o compañera permanente dentro de la causal de agravación punitiva prevista para el delito de desaparición forzada. Aduce que esta circunstancia constituye una omisión legislativa relativa, que afecta el derecho a la igualdad del cónyuge y del compañero o compañera permanente y de los preceptos superiores que regulan la conformación de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

En esencia, el ciudadano plantea que el legislador violó los preceptos constitucionales citados porque no extendió la agravación de la pena del delito de desaparición forzada cuando ésta se cometa contra los cónyuges, compañeras o compañeros permanentes de servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia, mencionados expresamente en el numeral 4º del artículo 166, del Código Penal Colombiano, a pesar de que se encuentran en igual relación de cercanía y afecto que los parientes expresamente mencionados en el numeral.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio del Interior y de Justicia

El Ministerio del Interior y de Justicia interviene en el proceso a través de apoderada judicial nombrada para el asunto bajo examen, quien solicita a la Corte Constitucional declararse inhibida porque la demanda carece de los elementos mínimos para permitir un pronunciamiento de fondo. Las razones de su solicitud se resumen a continuación.

En opinión de la interviniente “aunque podría aducirse que la demanda reúne los requisitos mínimos sobre señalamiento de la norma acusada, indicación de las disposiciones constitucionales que se alegan infringidas y señalamiento general de las razones por las cuales los textos se consideran violados, lo cierto es que este último requisito no reúne la suficiencia requerida para proferir una decisión de fondo, pues si bien la demanda resulta inteligible, se dirige contra una proposición jurídica existente y es claro que se trata de un reproche constitucional, lo cierto es que el demandante se limita a afirmar que la norma acusada vulnera el principio de igualdad, en cuanto al origen familiar, por la no inclusión de unas personas determinadas, lo cual a juicio de este Ministerio resulta insuficiente para realizar un estudio de constitucionalidad, pues para llegar a tal conclusión es preciso hacer un análisis del contenido y alcance de la norma impugnada, su interpretación dentro del contexto al cual pertenece, revisar los antecedentes legislativos que le dieron origen, la legislación civil sobre parentesco y afinidad, todo lo anterior orientado a determinar de qué manera se desconocen las disposiciones constitucionales aducidas como vulneradas y ello no se hizo por el actor en el presente caso.”

Se agrega que dado que se trata de un cargo de igualdad, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la demanda debía incluir con claridad los grupos involucrados, el trato diferente introducido por las normas demandadas y las razones por las cuales dicho tratamiento no estaba justificado. En opinión del Ministerio, el actor se limita a señalar la violación del principio de igualdad por la norma, citar la jurisprudencia sobre igualdad familiar en relación con las distinciones entre cónyuge y compañero o compañera permanente, sin presentar argumentos suficientes para sustentar su afirmación.

No obstante lo anterior, la interviniente presenta argumentos contradictorios. Sostiene que en caso de que la Corte decida pronunciarse de fondo, reconoce que efectivamente se incurrió en una omisión legislativa frente al o la cónyuge y al compañero o compañera permanente, sin embargo dice que no es posible una sentencia integradora porque en derecho penal el principio de legalidad

exige disposiciones claras, por lo cual solicita que se declare la exequibilidad del aparte y que se exhorte al Congreso a corregir la omisión.

Se describe el contenido y alcance de la norma cuestionada en el contexto penal, y en el civil, para señalar que dentro del segundo grado de consanguinidad, estarían comprendidos los padres y los hijos, los abuelos y los nietos, los hermanos y los tíos, en el segundo grado de afinidad estarían comprendidos los yernos o nueras y suegros, y los cuñados, y en el primero civil, los padres adoptantes y los hijos adoptivos. Por ello concluye que *“estarían comprendidos en la norma acusada, en relación con la agravación punitiva de la desaparición forzada, aún los parientes del cónyuge y del compañero o compañera permanente, pero no el cónyuge mismo ni el mismo compañero o compañera permanente, de las personas contra quienes se realice la conducta delictiva que da lugar a la agravación punitiva, lo cual, a primera vista, no encontraría justificación constitucional razonable dada la garantía de protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad.”*

En seguida, se ocupa del problema de la omisión legislativa, y luego de recordar la jurisprudencia sobre la materia, concluye que dado que el criterio empleado por el legislador para establecer la causal de agravación punitiva es la especial relación de confianza, solidaridad o afecto que existe entre el sujeto activo del delito de desaparición forzada y la víctima, no se encuentra ninguna justificación para que explique la diferencia de trato frente al cónyuge y al compañero o compañera permanente. No obstante, dado que se trata de una norma penal, la interviniente considera que una sentencia integradora podría violar el principio de legalidad del derecho penal, por lo que propone que se exhorte al Congreso para que llene el vacío señalado.

2. Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Academia Colombiana de Jurisprudencia intervino a través de uno de sus miembros, para solicitar que se declarara la exequibilidad condicionada del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, por considerar que dicha disposición incurre en una omisión legislativa relativa, al excluir de la causal de agravación de la desaparición forzada a ciertas víctimas que por su cercanía con las personas a las que se refiere el numeral 4 (servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical, políticos o religiosos, testigos de conductas punibles, jueces de paz, y personas que pertenezcan a grupos tradicionalmente discriminados o víctimas de intolerancia) deberían recibir la misma protección del legislador penal.

El interviniente sostiene que a pesar de que el cónyuge, y el compañero o compañera permanentes de las personas mencionadas en el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, se encuentran en la misma situación de cercanía, solidaridad o afecto que los demás parientes que sí fueron incluidos en la norma, el legislador los dejó por fuera de la protección legal, sin que exista una finalidad que justifique tal exclusión.

3. Comisión Colombiana de Juristas

La Comisión Colombiana de Juristas intervino en el proceso de la referencia para solicitar que se dicte una sentencia integradora que permita corregir la omisión legislativa en la que incurre la norma demandada, que dejó por fuera de la protección legal reforzada del o la cónyuge y del compañero o la compañera permanentes de las personas mencionadas en el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000.

Resalta la interviniente que el numeral demandado establece una circunstancia de agravación punitiva del delito de desaparición forzada, que tiene lugar cuando el delito se cometa contra los parientes de las personas que ostenten cualquiera de las siguientes calidades: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical, políticos o religiosos, testigos de conductas punibles, y jueces de paz, o en general contra aquellas personas cuya desaparición implique una forma de discriminación o intolerancia. El numeral demandado especifica cuáles son aquellos parientes de las personas mencionadas cuya desaparición da lugar a una sanción penal agravada, dentro de los cuales no quedaron incluidos ni el cónyuge ni el o la compañera permanente. En opinión de la interviniente, tal exclusión viola el derecho a la igualdad.

A continuación, expone la razón por la cual considera que se configura una omisión legislativa relativa. Para ello, recuerda los requisitos que deben cumplir las demandas cuando se alega la ocurrencia de una omisión legislativa relativa y muestra cómo éstos se cumplen en el caso bajo revisión. En efecto, para el interviniente, la demanda se dirige contra una norma específica (el

numeral 5 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000); señala quiénes han sido excluidos de las consecuencias jurídicas de la norma, a pesar de encontrarse en una situación análoga a la de quienes sí fueron incluidos (el o la cónyuge y el compañero o compañera permanente de las personas mencionadas en el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000); y muestra como en principio tal exclusión carece de razón suficiente.

En seguida se refiere la interviniente a la posibilidad de que pueda interpretarse que el numeral 5 establece un listado enunciativo de personas especialmente protegidas por la norma, y recuerda que en materia penal no es posible acudir a la interpretación analógica, *“pues en materia penal las interpretaciones que van más allá del tenor literal de las normas están en principio prohibidas, toda vez que podrían desconocer el principio de legalidad que rige los delitos y las penas. Es por esto que debe aceptarse que el numeral 5 del artículo 166 no es simplemente enunciativo, sino taxativo en cuanto a los parientes que están incluidos en la circunstancia de agravación punitiva.”*

Se plantea si dado que ni el cónyuge ni el compañero o compañera permanente fueron incluidos en la norma, sí pueden ser asimilables a aquellos que sí fueron incluidos, para determinar si deben recibir la misma protección. *“En nuestra opinión, la propiedad común que comparten los parientes enumerados en el numeral 5 del artículo 166 del Código Penal, de un lado, y aquellas personas que la demanda señala que no fueron incluidos, de otro lado, es la de que tanto unos como otros conforman una familia o unidad familiar. En efecto si se acude al artículo de la Constitución Política que describe la familia, se puede advertir que esta no solo se conforma por “vínculos jurídicos” que son los que sirven de base al parentesco civil, por consanguinidad o afinidad, sino que también se constituye por “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Esta última expresión da cuenta de que tanto el cónyuge como el compañero o la compañera permanente hacen parte de la definición de “familia”. (...) Esta semejanza es relevante, pues ella es precisamente la razón que sirve de fundamento a la consecuencia jurídica prevista en la norma demandada. En otras palabras, hacer parte de la familia de las personas enunciadas en el numeral 4 del artículo 166 del Código Penal es la que justifica la existencia de la circunstancia de agravación punitiva del delito de desaparición forzada prevista en el numeral 5 del mismo artículo.”*

En seguida se refiere a la ausencia de un principio de razón suficiente que justifique la exclusión del cónyuge o compañero permanente de las personas enunciadas en el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, pues considera que no existe ningún fundamento constitucional que justifique el tratamiento diferenciado, por lo cual su exclusión es arbitraria. Para la interviniente, con el fin de determinar cuál es la finalidad de la norma demandada, dado que hasta el momento la misma Corte Constitucional no se ha ocupado de ello, es preciso utilizar otros criterios de interpretación.

Haciendo una lectura sistemática, encuentra que existe otra norma penal similar a la demandada en el numeral 4 del artículo 179 de la Ley 599 de 2000, que consagra una circunstancia de agravación del delito de tortura, cuando este es cometido contra el cónyuge, el compañero o compañera permanente y los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de ciertas personas.⁵ Según el interviniente, esta disposición tiene por finalidad *“desincentivar esta clase de conductas y a la vez sancionar de manera más grave las que efectivamente hayan sido cometidas. (...) De esta forma se pretende evitar que la tortura de personas que hacen parte del círculo cercano de quienes se desempeñan como servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias, sea utilizada como un instrumento para entorpecer o inhibir su actuar.”* Señala que a diferencia de la disposición cuestionada, el numeral 4 del artículo 179 sí menciona expresamente al cónyuge y al compañero o compañera permanente dentro de las personas que por razón de su afecto o cercanía, hacen parte del círculo más cercano de los funcionarios y demás personas mencionadas en el numeral, y de esta manera garantiza su especial protección.

⁵ “Artículo 179. *Circunstancias de agravación punitiva.* Las penas previstas en el artículo anterior se aumentarán hasta en una tercera parte en los siguientes eventos: (...) 4. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias; o contra el cónyuge, o compañero o compañera permanente de las personas antes mencionadas, o contra sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. (subrayas agregadas al texto por la interviniente).

A partir de una interpretación teleológica, la interviniente resalta que en desarrollo de la potestad del Estado de señalar las conductas punibles que considera reprochables y fijar como parte de la política criminal, las consecuencias de carácter penal, el legislador puede decidir sancionar dichas conductas con mayor rigor al establecer causales de agravación cuando considera que esa conducta produce el mayor daño social. Según el interviniente *“el propósito de la disposición acusada (ratio legis) es establecer una garantía a la labor que llevan a cabo (la cual cumple un papel importante para la democracia y la justicia): los servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida, políticos o religiosos, testigos de conductas punibles o faltas disciplinarias, jueces de paz, y las personas que por sus creencias u opiniones políticas o por otro motivo puedan ser objeto de alguna forma de discriminación o intolerancia, estableciendo una agravación punitiva para sancionar de manera más estricta la comisión de desaparición forzada cometida en contra de ciertos familiares de las personas con las calidades señaladas, con el fin de desincentivar esta clase de conductas.”*

Finalmente, la interviniente acude al criterio de la intención del legislador histórico para determinar si hubo una razón específica por la cual el cónyuge y el compañero o compañera permanente de las personas y funcionarios mencionados en la norma fueron excluidos de la protección especial que ésta prevé. Señala que en las ponencias a los debates a la ley 1309 de 2009 que modificó la norma bajo revisión, se indicó que *“la iniciativa pretende dar cumplimiento a las recomendaciones que diferentes instancias internacionales les han efectuado a las autoridades del Estado colombiano para la protección de la actividad sindical. Evidentemente el endurecimiento de las penas no va a producir por sí misma la reducción del riesgo a que se ven expuestos los activistas de las causas de los trabajadores, pero da una señal en el sentido de la adopción de instrumentos normativos para castigar con severidad estas trasgresiones, que en últimas atentan contra garantías fundamentales que la Constitución declara como parte del ideario de la sociedad.”*⁶

Sostiene que al igual que se quiso dar una protección especial a los miembros de las asociaciones sindicales, las otras personas mencionadas en el numeral bajo revisión requieren del incentivo que brinda el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000 para prevenir que sean víctimas de ataques como consecuencia de la labor que desempeñan o de la situación de intolerancia o discriminación que puedan enfrentar. Dado que esa amenaza también puede surgir cuando el delito de desaparición forzada se cometa contra sus familiares y seres queridos más cercanos, el numeral 5 extiende esa protección a quienes hacen parte de la unidad familiar más cercana a sus afectos, por vínculos de parentesco civil, por consanguinidad o afinidad, y dentro de ellos, el legislador dejó por fuera inexplicablemente al cónyuge y al compañero o compañera permanente. *“Consideramos que la finalidad perseguida por el numeral demandado no se logra plenamente, pues sólo se podría realizar si se incluye al cónyuge y al compañero o a la compañera permanente para que a estos se les aplique la consecuencia prevista por el numeral 5 del artículo 166 del Código Penal. En efecto, si lo que se pretende es garantizar la integridad y la vida de las personas cercanas a los servidores públicos y demás personas mencionadas en el numeral 4 del mismo artículo, (...), pues es claro que de ser víctimas de desaparición forzada afectarían de manera grave la labor de los servidores públicos y demás personas a las que se refiere el numeral 4. Es por esto que consideramos que el tercer criterio de la omisión legislativa relativa se cumple en el presente caso.”* Recuerda cómo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado el riesgo en que se encuentran los defensores de derechos humanos y sus familiares cercanos como consecuencia de la labor que cumplen, dentro de los cuales se destacan a menudo el cónyuge y el compañero o compañera permanente.

Agrega la Comisión interviniente que la exclusión injustificada del cónyuge y del compañero o de la compañera permanente supone una diferencia de trato con efectos negativos, *“ya que a pesar de que todas las personas cercadas a los mencionados en el numeral 4 del artículo 166 del Código Penal se encuentran en riesgo de ser víctimas de violaciones de sus derechos fundamentales a través de conductas como la desaparición forzada, la protección especial se restringe a unas personas determinadas, desconociendo que el cónyuge y la compañera o compañero permanente hacen parte del núcleo familiar, por lo que los afectan factores de riesgo que no difieren del (sic) de los parientes protegidos por la norma cuya constitucionalidad se impugna.”* Resalta que de esta forma se pone en riesgo la labor de los servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical, políticos, religiosos, testigos de conductas punibles o faltas disciplinarias y jueces de paz, *“ya que se dejan de tomar todas las medidas conducentes para blindar y garantizar la actividad que cada uno de ellos realiza,”* y existe un déficit de protección tanto al cónyuge y compañero o compañera permanente como a las personas mencionadas en el numeral 4 del artículo 166 del Código Penal.

⁶ Gaceta del Congreso No. 325 del 6 de junio de 2008.

Por lo anterior, concluye que se cumplen todos los requisitos para constatar la existencia de una omisión legislativa relativa que viola el derecho a la igualdad, por lo cual solicita a la Corte se dicte una sentencia integradora que sirva para incorporar a la norma demandada al cónyuge y a la compañera y compañero permanente para que queden cobijados por la protección jurídica prevista en ella.

4. Federación Colombiana de Periodistas

La Federación interviene para solicitar a la Corte Constitucional que se declare inhibida por ineptitud sustancial de la demanda, con base en los siguientes argumentos, y subsidiariamente, que el numeral 5 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000 sea declarado exequible.

En primer lugar, la Federación considera que la demanda establece un cargo vago, indeterminado, indirecto, abstracto y global que no cumple los requisitos jurisprudenciales señalados por la Corte Constitucional para permitir un pronunciamiento de fondo. Establece que la demanda parte de la convicción de que las conductas del secuestro y de la desaparición forzada son de iguales características, pero omite explicar por qué lo cree así, y tampoco explica por qué ese trato diferenciado reviste el carácter de discriminatorio, contrario a la Carta.

En segundo lugar, y frente a la posibilidad de que la Corte decida pronunciarse de fondo, la Federación señala que la norma demandada debe ser declarada exequible porque dado el margen de configuración que tiene el legislador en materia penal, bien podría asignarle consecuencias diferentes a dos conductas punibles tan disímiles como lo son el secuestro y la desaparición forzada.

A continuación, la interviniente resalta las diferencias entre estas dos conductas punibles para concluir que no es posible exigirle al legislador que las regule de manera similar. *“Como se ve, si tenemos en cuenta, i) la finalidad, ii) los elementos del tipo, iii) su forma de consumación, estamos en presencia de dos delitos diferentes, que afectan gravemente bienes jurídicos diferentes, y que en el caso de la desaparición forzada de personas es una conducta de mayor gravedad que el secuestro, tanto así, que el legislador decidió establecer una mayor pena para la desaparición forzada.”*

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, mediante concepto No. 5017 del 8 de septiembre de 2010 solicitó a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad condicionada del numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, *“por la cual se expide el Código Penal”*, con base en los siguientes argumentos.

En primer lugar, examina la procedencia de las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, y recuerda que según la jurisprudencia, la idoneidad de dichas demandas dependen de varios criterios, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tendrían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Con base en tales criterios, concluye que *“existe una norma sobre la cual se predica el cargo: el numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, que se refiere a las circunstancias de agravación punitiva en el delito de desaparición forzada. Esta norma establece una pena mayor cuando el delito se cometa por razón y contra los parientes de las personas mencionadas en el numeral 4º, es decir, de los servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, entre otros, hasta el segundo grado de consaguinidad, segundo de afinidad o primero civil. También se debe advertir, como lo señala el actor, que en la norma no se incluye al cónyuge o compañero permanente.”*

Luego de recordar la jurisprudencia sobre distinciones razonables aceptadas entre matrimonio y unión marital de hecho, concluye que en el caso bajo estudio *“no existe fundamento alguno para que la ley excluya a los cónyuges o compañeros permanentes del grupo de personas señaladas en*

el numeral 5º del artículo 166 del Código Penal, para agravar el delito de desaparición forzada, dado que la norma impugnada genera una distinción injustificada en términos constitucionales, respecto de personas que hacen parte del núcleo familiar más íntimo de aquellas a quienes la ley extiende una protección adicional, lo cual configura una omisión legislativa relativa que afecta el derecho a la igualdad. (...) Con el fin de preservar los derechos constitucionales omitidos en el diseño de la disposición demandada y para que cese la discriminación negativa que dicha omisión genera, se solicitará a la Corte que declare la exequibilidad condicionada del numeral 5º del artículo 166 del Código Penal, en el sentido de que se entienda que los cónyuges y compañeros permanentes de las personas a que se alude en el numeral 4º también están incluidos en el numeral 5º.”

Por lo anterior, el Ministerio Público solicita a la Corte declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, bajo el entendido que la circunstancia de agravación punitiva allí contemplada se extiende al cónyuge o compañero permanente de las personas aludidas en el numeral 4º de la citada disposición legal.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 Superior, la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como la que se acusa en la demanda que se estudia.

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

2.1. Antes de entrar a definir el problema jurídico planteado, debe la Corte previamente examinar si la demanda tiene la aptitud para permitir un pronunciamiento de fondo por cumplir los requisitos de claridad, certeza, pertinencia y suficiencia exigidos jurisprudencialmente para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad.

2.2. Aun cuando toda demanda debe ser analizada a la luz del principio *pro actione*, dado el carácter popular que la Constitución misma le atribuye, la Corte ha señalado que en ella deben concurrir unas condiciones mínimas que permitan guiar la labor del juez constitucional y orientar, asimismo, el debate de los intervinientes en el proceso que pretende instarse. Es así que el Decreto 2067 de 1991, ‘*por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*’, en su artículo 2º prescribe que la demanda debe contener: (i) el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, transcribiéndolas literalmente por cualquier medio o aportando un ejemplar de la publicación oficial (num. 1); (ii) el señalamiento de las normas constitucionales infringidas (num. 2); (iii) las razones que sustentan la acusación, esto es, el por qué se estima que se violan los textos constitucionales (num. 3); (iv) si se acusa quebrantamiento del debido trámite legislativo, entonces debe señalarse cuál es el trámite que debió haberse observado (num. 4), y; (v) la razón por la cual la Corte es competente (num. 5).

No obstante, tal como lo ha sostenido esta Corporación, no es suficiente la observancia *formal* de esos requisitos, sino que es necesario determinar el objeto de la demanda, la razón por la cual la Corte es competente para conocer de ella, y el concepto de la violación.⁷

De conformidad con la jurisprudencia constitucional el *concepto de la violación* se formula debidamente cuando **(i)** se identifican las normas constitucionales vulneradas; **(ii)** se expone el contenido normativo de las disposiciones acusadas -lo cual implica señalar aquellos elementos materiales que se estiman violados-; **(iii)** y se expresan las razones por las cuales los textos demandados violan la Constitución. Esas razones deben ser razones *claras*,⁸ *ciertas*,⁹ *específicas*,¹⁰ *pertinentes*¹¹ y *suficientes*.¹²

⁷ Sentencia C-1052 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁸ “La *claridad* de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa,” Ver Sentencia C-1052 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa)

⁹ Que “sean *ciertas* significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo

2.3. En el caso concreto, si bien el actor cita como demandados tanto el artículo 165 como el numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal,” en realidad solo desarrolla cargos en relación con el numeral 5 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000 en esa medida, la Corte circunscribirá su pronunciamiento frente a los cargos contra el numeral 5 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000 y se inhibirá de un pronunciamiento de fondo en relación con el artículo 165 de la Ley 599 de 2000.

2.4. Respecto de los cargos por omisión legislativa relativa frente al numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, la Corte tiene, como se reconoce en varias providencias, una competencia limitada. La razón de este límite es el principio de separación de las ramas del poder público, establecido en el artículo 113 Superior. La procedencia de cargos por omisión legislativa relativa es excepcional. Por ello, la Corte ha fijado unos criterios objetivos de procedencia para los cargos de omisión legislativa relativa, que aparecen, entre otras, en las Sentencias C-456 de 1996, C-427 y C-1549 de 2000, C-1255 de 2001, C-041, C-185 y C-285 de 2002, C-371 y C-865 de 2004.

A saber, dichos criterios son: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tendrían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y

caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”. Sentencia C-1052 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). También la Sentencia C-587 de 1995 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

¹⁰ “Las razones son *específicas* si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada.” El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.” Sentencias C-1052 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Ver., además las Sentencias C-447 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-898 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹¹ “La *pertinencia* también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa”¹¹ a partir de una valoración parcial de sus efectos.” Sentencia C-1052 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Véanse también las Sentencias C-504 de 1995 y C-587 de 1995 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), C-447 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-100 de 2007 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

¹² “La *suficiencia* que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren *prime facie* convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan *una duda mínima* sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.” Sentencia C-1052 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Además de los anteriores criterios, en las Sentencias C-371 de 2004¹³ y C-800 de 2005,¹⁴ la Corte precisó que es menester tener en cuenta: (i) si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta, o (ii) si se está más bien, ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas.

2.5. En el caso de la demanda contra el numeral 5 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, si bien los argumentos presentados son breves, cumple los requisitos mínimos para proferir un fallo de fondo. El demandante centra su acusación contra el numeral 5 del artículo 166 del Código Penal, que establece una agravación punitiva cuando el delito de desaparición forzada se comete contra los parientes, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida, políticos o religiosos, testigos de conductas punibles o disciplinarias, jueces de paz. Muestra someramente que dicha disposición excluye sin razón justificable al cónyuge y a la compañera o compañero permanente de las personas mencionadas en el numeral 4 del artículo 166 bajo revisión, a pesar de que al igual que aquellas, hacen parte del círculo familiar más cercano de los funcionarios y personas mencionadas en dicho numeral. En esa medida, y de conformidad con el principio *pro actione*, la demanda cumple con los requisitos mínimos para permitir un pronunciamiento de fondo.

3. El problema jurídico

De conformidad con lo anterior, corresponde a la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico:

¿Existe una omisión legislativa relativa en la regulación de la circunstancia de agravación punitiva del delito de desaparición forzada, contemplada en el numeral 5º del artículo 166 del Código Penal, al no incluir en ella al cónyuge y al compañero o compañera permanente de los funcionarios y demás personas mencionadas en el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000?

Con el fin de examinar el anterior problema jurídico, la Corte recordará brevemente la jurisprudencia constitucional sobre la potestad de configuración del legislador en materia penal y la protección constitucional de la familia, y con base en esa doctrina, examinará si en el caso de la disposición cuestionada, se justifica constitucionalmente la exclusión del cónyuge y del compañero o compañera permanente.

4. La potestad de configuración en materia penal

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha afirmado de manera reiterada que la potestad de configuración del legislador en materia penal es una competencia amplia pero limitada por las normas constitucionales, así como por “los principios de razonabilidad y proporcionalidad,”¹⁵ a fin de que las restricciones a los derechos que prevea el legislador en ejercicio de dicha potestad no resulten arbitrarias. En este sentido, la Corte resaltó lo siguiente en la sentencia C-070 de 1996:

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

¹³ C-371 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño)

¹⁴ C-500 de 2005 (MP. Alfredo Beltrán Sierra, SV. Rodrigo Escobar Gil)

¹⁵ Ver entre otras las sentencias C-173 y C-551 de 2001 (MP. Álvaro Tafur Galvis, SPV. Jaime Araujo Rentería).

*la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad*¹⁶.

Sobre este mismo aspecto, la Corte reiteró lo siguiente en la sentencia C-1404 de 2000:

“En principio, por virtud de la cláusula general de competencia legislativa que le atribuyen los artículos 114 y 150 de la Carta, el Congreso cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución a través de la creación de normas legales; ello incluye, por supuesto, la facultad de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias. No obstante, como lo ha reconocido ampliamente esta Corporación, dicha libertad de configuración del legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la Constitución, la cual no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece. Es decir, se trata de una potestad suficientemente amplia, pero no por ello ilimitada; y en materia penal y penitenciaria, estos límites son particularmente claros, por estar de por medio derechos fundamentales muy caros para la persona humana, como lo son la libertad personal y el debido proceso, así como valores sociales tan importantes como la represión del delito o la resocialización efectiva de sus autores.

“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. En los términos utilizados recientemente por la Corte en la sentencia C-592 de 1998 (MP. Fabio Morón Díaz), “el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros 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”¹⁷

Sobre el ámbito de la potestad de configuración del legislador para definir la orientación y contenido de la política criminal y los límites que tiene el control constitucional sobre las orientaciones de dicha política, la Corte señaló lo siguiente en la sentencia C-420 de 2002.

(...) debe tenerse en cuenta que el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. 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 democrático¹⁸. Es

¹⁶ Sentencia C-070 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, SPV. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo).

¹⁷ Sentencia C-1404 de 2000 (MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis, AV. Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo, SV. Alejandro Martínez Caballero y Martha Sáchica Méndez) Sobre este punto ver también las sentencias C-016 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis, AV. Álvaro Tafur Galvis y Jaime Araujo Rentería), C-822 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SPV. Humberto Antonio Sierra Porto)

¹⁸ 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*

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.

De acuerdo con ello, si la decisión del legislador de tipificar conductas punibles se estima equivocada por reflejar una política criminal que no se comparte, tal divergencia de criterio es irrelevante para efectos de cuestionar la legitimidad constitucional de esas disposiciones.(...)

Este enfoque permite colocar las cosas en su punto: Si el legislativo es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de tipificación de conductas punibles y si el único límite que existe para el ejercicio de esa facultad está determinado por el sistema de valores, principios y derechos fundamentales previsto en el Texto Superior, el demandante no puede pretender que la Corte, a través de sus fallos, imponga el modelo de política criminal que ha de seguir el Estado pues sólo le está permitido confrontar con la Carta las normas legales que, habiendo sido demandadas, desarrollen ese modelo para retirar del ordenamiento aquellas que lo contraríen y mantener aquellas que lo respetan”¹⁹.

5. La norma demandada incurrió en una omisión legislativa relativa contraria a la Carta

5.1. Como quiera que en el presente proceso el accionante ha cuestionado que el legislador haya excluido de la protección que surge para la familia del inciso 5 del artículo 166 de la Ley 599 de

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”. Corte Constitucional, Sentencia C-646-01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁹ Sentencia C-420/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño

2000, al o la cónyuge y al compañero o compañera permanente, resulta pertinente examinar brevemente cómo se refleja esa protección en la política criminal plasmada en la Ley 599 de 2000.

En desarrollo de lo que establecen los artículos 5 y 42 Superiores que amparan a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, independientemente de su origen, la Ley 599 de 2000 recoge en varias de sus disposiciones alguna forma de protección de la familia, bien sea tipificando expresamente conductas que atentan contra su integridad, o bien al otorgar consecuencias particulares cuando existen ciertas relaciones de parentesco entre los sujetos activos y pasivos de las conductas punibles.

Así por ejemplo, en el artículo 104 del Código Penal, el legislador estableció causales de agravación del delito de homicidio (Artículo 103 Ley 599 de 2000) por considerar que existe un mayor daño social, cuando entre la víctima y el sujeto activo del delito existe una relación de parentesco cercano, esto es, cuando se trata *“del ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.”*

En sentido similar, el artículo 170 del Código Penal, consagra las causales de agravación de los delitos de secuestro simple y secuestro extorsivo (Arts. 168 y 169, Ley 599 de 2000), cuando *“se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes.”*

En relación con el delito de tortura (Art. 178, Ley 599 de 2000), el legislador penal señaló en el artículo 179 del Código Penal, una causal de agravación punitiva cuando ésta se *“cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias; o contra el cónyuge, o compañero o compañera permanente de las personas antes mencionadas, o contra sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”*

Por su parte el artículo 211 del Código Penal establece las causales de agravación punitiva frente a delitos sexuales (Arts. 208 a 210), cuando éstas conductas se realicen *“sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.”*

En relación con el delito de inasistencia alimentaria, que representa una sanción frente al incumplimiento de las obligaciones de cuidado mutuo que se deben los miembros de la familia, el artículo 233 del Código Penal incluyó expresamente a los ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge de quien está obligado legalmente a la prestación de alimentos. Frente a esta disposición, la Corte Constitucional señaló la existencia de una omisión legislativa relativa por la no inclusión del compañero o compañera permanentes.

Sobre la exigencia de un mismo tratamiento a los miembros de la familia por parte de la sociedad y el Estado, la Corte determinó en la sentencia C-016 de 2004, que el artículo 233 del Código Penal se ajustaba a la Carta Fundamental, siempre y cuando el legislador cumpliera con la obligación de extender el delito de inasistencia alimentaria para sancionar penalmente a los compañeros permanentes que conforman una unión marital de hecho y que se sustraigan injustificadamente a la observancia debida de su obligación alimentaria, para lo cual exhortó al Congreso de la República, en los siguientes términos: *“En consecuencia, y dado que como ya se explicó, la declaratoria de inexequibilidad de la expresión acusada, ni la posibilidad de dictar una sentencia integradora que adicione el texto legal resultan procedentes, la Corte declarará la constitucionalidad pura y simple de la expresión acusada contenida el artículo 233 de la Ley 599 de 1999 que tipifica el delito de inasistencia alimentaria, al tiempo que, por evidenciarse una omisión por parte del Legislador, así lo declarará y exhortará al Congreso para que en el marco del artículo 42 superior se adicione el tipo penal de inasistencia alimentaria para adecuarlo a los mandatos constitucionales”*.²⁰

De la anterior descripción, es posible observar que la preocupación general del legislador por la protección de la familia y de los miembros que la componen, se ha dirigido principalmente a consagrar consecuencias más gravosas cuando las conductas descritas, recaen sobre los parientes más cercanos del sujeto pasivo o de otras víctimas directas, como quiera que la ocurrencia de tales conductas en el entorno familiar representa un mayor daño social o representa

²⁰ C-016 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis AV. Álvaro Tafur Galvis y Jaime Araujo Rentería).

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 citadas 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.

En general la Corte ha estudiado la constitucionalidad de normas en las que se otorga un trato diferente al cónyuge y al compañero o compañera permanente, esta es la primera vez que ambos son excluidos de la protección del legislador, a pesar de que aparentemente se encuentran en una situación similar a la de los parientes protegidos, mientras se protegen a otros familiares con quienes incluso puede existir una relación menos cercana.

Aun cuando la norma demandada habla de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y el segundo grado de afinidad de las personas mencionadas en el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, entiende la Corte que esta expresión, a pesar de la remisión directa al Código Civil, no puede referirse solamente a los parientes del “cónyuge”, como quiera que, tal como lo ha reconocido esta Corporación, existe una equivalencia sustancial entre el matrimonio y la unión marital de hecho por dar origen a la familia y, desde este punto de vista, merecen igual protección constitucional.

Así lo demuestra el hecho de que varias de las normas que regulan la concepción de familia o definen las obligaciones mutuas de los cónyuges han sido adicionadas por la Corte Constitucional, mediante sentencias en las que se ha señalado que por estar en pie de igualdad para efectos de la protección de familia debe entenderse que también se incluye el compañero o la compañera permanente.²¹

Resultaría por tanto absurdo que, contrario a lo que establece la Constitución frente a la protección de la familia y a la prohibición de discriminar por razón del origen familiar, la Corte privilegiara solo un tipo de familia para efectos de examinar la omisión legislativa alegada. En esa medida, con el fin estudiar si la exclusión que establece el numeral 5 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, frente al o la cónyuge y al compañero o la compañera permanente es constitucional, la Corte valorará simultáneamente estos dos vínculos.

5.2. Dentro del conjunto de medidas penales dirigidas a la protección de la familia se encuentra la disposición demandada, que establece un incremento en la pena cuando el delito de desaparición forzada se comete 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 por pertenecer a grupos frente a los cuales existe alguna forma de discriminación o intolerancia.

En el caso del numeral 5 cuestionado, el delito no recae directamente sobre ellos, sino sobre sus familiares más cercanos hasta el segundo grado de consanguinidad,²² segundo de afinidad ²³o

²¹ Ver por ejemplo, las sentencias C-1033 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño); C-533 de 2000 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); C-447 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz); C-098 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

²² Código Civil, Artículo 35. “Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre.” || Artículo 37. “Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.” || Artículo 41. “En el parentesco de consanguinidad hay líneas y grados. Por línea se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común.” || Artículo 42. “La línea se divide en directa o recta y en colateral, transversal u oblicua, y la recta se subdivide en descendiente y ascendiente. || La línea o directa es la que forman las personas que descienden unas de otras, o que sólo comprende personas generantes y personas engendradas.” || Artículo 43. “Cuando en la línea recta se cuenta bajando del tronco a los otros miembros, se llama descendiente, por ejemplo: padre, hijo, nieto, biznieto, tataranieto, etc.; y cuando se cuenta subiendo de uno de los miembros al tronco, se llama ascendiente, por ejemplo: hijo, padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo, etc.” || Artículo 44. “La línea colateral, transversal u oblicua, es la que forman las personas que aunque no procedan las unas de las otras, si descienden de un tronco común, por ejemplo: hermano y hermana, hijos del mismo padre y madre; sobrino y tío que proceden del mismo tronco, el abuelo. || Artículo 45. Por línea paterna se entiende la que abraza los parientes por parte de padre; y por línea materna la que comprende los parientes por parte de madre.” || Artículo 46. “En la línea transversal se cuentan los grados por el número de generaciones desde el uno de los parientes hasta la raíz común, y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en segundo grado; el tío y el sobrino en tercero, etc.”

primero civil.²⁴ No obstante, dentro de tal lista, de conformidad con las definiciones del Código Civil sobre las distintas formas de parentesco, no se encuentran el o la cónyuge ni la compañera o el compañero permanente.

La Ley 599 de 2000 establece una regulación rigurosa de la penalización del delito de desaparición forzada, que incluye circunstancias de agravación punitiva, como la prevista en el mencionado numeral 4º del artículo 166 del Código Penal, mediante el cual extiende la circunstancia de agravación cuando el delito se cometa por razón y contra ciertos parientes de las personas aludidas en el numeral 4º, pero excluye de las consecuencias jurídicas de la norma al o la cónyuge y a la compañera o el compañero permanente de 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, y demás personas que pretende proteger la norma.

Observa la Corte que entre las personas excluidas y los parientes efectivamente incluidos en la norma, existe un elemento común que justificaría que el o la cónyuge y el compañero o la compañera permanente hubieran recibido la misma protección: 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: ataques indirectos contra ciertas personas, por razón de la función que cumplen o por su pertenencia a ciertos grupos marginados o discriminados. De hecho, en el caso del o la cónyuge y del compañero o la 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.

Si bien la inclusión de ciertos parientes consanguíneos y afines, en los grados establecidos por la ley, dentro de la norma, en la protección de la norma penal es loable, no parece siempre necesaria. La inclusión o exclusión de cuñados, suegros, primos, nietos, es una decisión frente a la cual el Legislador penal tiene un mayor margen de configuración para decidir la relevancia de su protección. Pero una vez decide el Legislador que la variable parentesco es relevante para prevenir el daño social que produce la conducta punible, no puede excluir, sin una razón válida constitucionalmente, a aquellas personas con las que existe una mayor relación de cercanía, afecto y protección y frente a las cuales el riesgo que se quiere prevenir es mayor. Por ejemplo, no podría incluir en la protección de la norma al cónyuge, pero excluir al compañero permanente, incluir al hijo adoptivo, pero excluir a los hijos biológicos. En esa medida, la mayor o menor cercanía y fortaleza de los vínculos que unen a ciertos miembros de la familia, determina la necesidad de su inclusión o la mayor discrecionalidad para su exclusión.

En el caso de la norma bajo examen, es claro que el Legislador, en ejercicio de su potestad de configuración en materia penal, decidió que era relevante para prevenir el daño social que produce la desaparición forzada, tener en cuenta el parentesco como factor de agravación punitiva. Y para ello, estableció los grados de cercanía que estaban protegidos. No obstante, omitió al o la cónyuge y al o la compañera permanente, quienes si bien no son parientes, tienen con la persona señalada en el numeral 4º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, fuertes y estrechos vínculos jurídicos y afectivos. No parece existir razón suficiente para ignorar el hecho evidente, reconocido por el artículo 42 Superior, que el o la cónyuge y el o la compañera permanente cumplen un papel fundamental y determinante en la conformación de la familia.

Tal como lo señala uno de los intervinientes, la exclusión de estos miembros de la familia, genera una desigualdad negativa respecto de quienes no fueron incluidos, pues se los priva de la especial consideración y protección que se brinda a otros familiares de las personas señaladas en el numeral 4º, si expresamente incluidos en la causal de agravación del delito de desaparición forzada. Tal situación en el caso bajo estudio genera la inconstitucionalidad de la omisión legislativa relativa en que incurrió el Legislador.

²³ Código Civil, Artículo 47. “Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer.” || Artículo 49. “En la afinidad ilegítima se califican las líneas y grados de la misma manera que en la afinidad legítima.”

²⁴ Código Civil, Artículo 50. “Parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.”

5.3. Establecida la inconstitucionalidad de la omisión legislativa relativa, es necesario referirse al remedio constitucional que mejor sirva a la protección de los 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, y demás personas a las que se refiere el numeral 4 del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, y de sus familiares más cercanos.

Sobre la posibilidad de dictar sentencias integradoras en materia penal, un sector de la doctrina considera que en dicha materia este tipo de sentencias pueden llegar, en ciertos casos, a tener el alcance de desconocer el principio de legalidad de los delitos y las sanciones, por lo cual es preferible declarar la exequibilidad de la norma cuestionada y exhortar al Congreso para que corrija el defecto constitucional.²⁵ Así sucedió por ejemplo en la sentencia C-016 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis), donde la Corte a pesar de reconocer la existencia de una omisión legislativa relativa que dejaba desprotegidos a los compañeros o compañeras permanentes frente al delito de inasistencia alimentaria, prefirió exhortar al Congreso, para que fuera éste quien corrigiera dicha omisión. A pesar de la exhortación de la Corte, la expedición de la norma penal que extendió la protección penal al compañero o compañera permanente frente al delito de inasistencia alimentaria se produjo casi cuatro²⁶ años después de la sentencia C-016 de 2004, con la expedición de la Ley 1181 de 2007, dejando desprotegidos durante ese período a cientos de compañeros y compañeras permanentes, tal como fue resaltado durante el debate de la ley en el Congreso.²⁷

Otro sector de la doctrina ha considerado que de manera excepcional se puede acudir a este tipo de remedio, dado que la mera exhortación al Congreso permite que una situación inconstitucional se perpetúe en el tiempo y en esa medida, se ha acudido a este remedio constitucional.²⁸ Lo cual muestra que en realidad no existe una incompatibilidad entre la materia penal y la modulación de las sentencias (a través de fallos interpretativos o integradores, según el tipo de modulación que se haga), sino con el tipo de modulación que pueda hacerse de tal manera que conduzca a una norma equívoca.

En el caso de la modulación de normas penales que han incurrido en omisiones legislativas relativas, ésta ha conducido tanto a ampliar tipos penales,²⁹ como a atenuar o agravar las consecuencias punitivas.³⁰ Así por ejemplo en la sentencia C-878 de 2000 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), en relación con el artículo 3 de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar), cuestionado porque excluía de la jurisdicción ordinaria delitos comunes que podía cometer un miembro de la fuerza pública en servicio activo que en nada se relacionaban con la prestación del servicio, desconociendo así la esencia del fuero militar que consagra la Constitución y, en especial, el principio de igualdad, la Corte resolvió "*Tercero. Declárase EXEQUIBLE el art 3 de la ley 522 de 1999, en el entendido que los delitos en el enunciados, no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la fuerza pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial.*", con lo cual adicionó de manera

²⁵ Ver la Aclaración de Voto del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, en la sentencia C-016 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis)

²⁶ La sentencia C-016 de 2004 es del 20 de enero de 2004 y la Ley 1181 de 2007 fue expedida el 31 de diciembre de 2007

²⁷ Gaceta del Congreso No. 351 de 2006

²⁸ Ver entre otras las sentencias C-479 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-553 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería), C-620 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería), C-317 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), C-370 de 2002, (MP. Eduardo Montealegre Lynett), C-392 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-916 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), C-1080 de 2002, (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-782 de 2005 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), C-1177 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-355 de 2006 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), C-370 de 2006 (MMPP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis), C-423 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), C-454 de 2006 MP. Jaime Córdoba Triviño, C-209 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), C-516 de 2007 MP. Jaime Córdoba Triviño SPV Jaime Araujo Rentería C-060 de 2008 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), C-229 de 2008 (MP. Jaime Araujo Rentería), C-828 de 2010 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-029 de 2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil. SPV. Jaime Araujo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla. AV. Jaime Araujo Rentería)

²⁹ Ver por ejemplo las sentencias C-317 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) y C-029 de 2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil. SPV. Jaime Araujo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla. AV. Jaime Araujo Rentería)

³⁰ Esto ha ocurrido, por ejemplo, con el fin de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Ver por ejemplo las sentencias C-454 de 2006 MP. Jaime Córdoba Triviño, C-209 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-516 de 2007 MP. Jaime Córdoba Triviño SPV Jaime Araujo Rentería

genérica otras conductas punibles que estaban excluidas de la competencia de la jurisdicción especial militar y por ende de la posibilidad de fuero militar.

Algo similar ocurrió en la C-317 de 2002, (MP. Clara Inés Vargas Hernández), en donde se examinó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 599 de 2000 *“por la cual se expide el Código Penal”*³¹ por desconocer los arts. 1 y 13, al contemplar la norma tan solo como sujeto activo al particular que obrara bajo la aquiescencia de un grupo armado al margen de la ley y al servidor público que obrara bajo la determinación del grupo armado al margen de la ley, por lo que se dejaba de tipificar la conducta del particular o del servidor público que actuaba individualmente o que pertenecía a un grupo que no tenía la particularidad de ser armado o que ni siquiera estaba por fuera de la ley. La sentencia condujo a tipificar una nueva forma de desaparición forzada, cometida por grupos armados al margen de la Ley o por miembros de la fuerza pública al declarar inexecutable la expresión *“perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley”* y dictando una sentencia integradora para que dicha conducta se tipificara por el solo hecho de que faltara información sobre el paradero de la persona, sin que fuera necesario un requerimiento.³²

Otro ejemplo de este tipo de sentencias es la C-798 de 2008,³³ en donde la Corte Constitucional resolvió declarar *“INEXEQUIBLE la expresión únicamente contenida en el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, y EXEQUIBLE el resto de esta disposición en el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo,”* creando de esta forma un nuevo tipo penal para proteger a las parejas del mismo sexo.

Más recientemente en la sentencia C-029 de 2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil), la Corte Constitucional dictó una sentencia modulativa con el fin de corregir varias omisiones legislativas relativa en que había incurrido el Legislador al tipificar ciertos delitos en los que no se protegía a las parejas del mismo sexo. Mediante la modulación, la Corte Constitucional terminó tipificando conductas punibles que no incluían a las parejas del mismo sexo, como en el caso de la inasistencia alimentaria, la violencia intrafamiliar y la malversación y dilapidación de bienes,³⁴ como

³¹ **ARTICULO 165. DESAPARICION FORZADA.** El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años. || *A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.* El aparte subrayado fue declarado inexecutable en dicha sentencia.

³² La parte resolutive de la sentencia C-317 de 2002, (MP. Clara Inés Vargas Hernández) se estableció: Primero. Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley” del inciso primero del artículo 165 de la Ley 599 de 2000. || Segundo. Declarar EXEQUIBLES las expresiones del inciso primero del artículo 165 de la Ley 599 de 2000 “El particular que”, “somete a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años”, bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona.

³³ C-798 de 2008 (MP: Jaime Córdoba Triviño, AV: Jaime Araujo Rentería, SV: Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla)

³⁴ Ver por ejemplo, los ordinales noveno, decimosegundo y décimo tercero de la parte resolutive de la sentencia C-029 de 2009 (SPV. Jaime Araujo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla. AV. Jaime Araujo Rentería) que dicen:

“Noveno.- en relación con los cargos referidos a las expresiones “compañero” y “compañera permanente”, y “al hombre y la mujer” contenidas en el artículo 1° de la ley 1181 de 2007, por medio de la cual se modificó el artículo 233 del código penal, estarse a lo resuelto en la sentencia c-798 de 2008, en la que se declaró la inexecutable de la expresión “únicamente” contenida en el párrafo 1° del artículo 1° de la ley 1181 de 2007, y la executable del resto de esta disposición, en el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo.”

Décimo segundo.- declarar la executable, por los cargos analizados, el artículo 229 de la ley 599 de 2000, en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo (...) *Décimo tercero.- Declarar la executable, por los cargos analizados, del artículo 236 de la ley 599 de 2000, en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.”*

para agravar las consecuencias punitivas del delito de extorsión³⁵ o para ampliar la protección penal cuando la víctima era la pareja del mismo sexo.³⁶

Aunque, como ya se dijo, en materia penal esta solución es excepcionalísima, en el asunto bajo examen, considera la Sala que la simple exhortación al Congreso para que corrija 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 lo anterior, con el fin de preservar los derechos constitucionales omitidos en el diseño de la disposición demandada y para que cese la discriminación negativa que dicha omisión genera, la Corte declarará la **EXEQUIBILIDAD** del numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que la circunstancia 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 4º de la citada disposición legal.

VII. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- INHIBIRSE de pronunciarse frente a los cargos contra el artículo 165 de la Ley 599 de 2000, por ineptitud sustancial de la demanda.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que la circunstancia de agravación punitiva allí contemplada

³⁵ Ver por ejemplo, los ordinales sexto y octavo de la parte resolutive de la sentencia C-029 de 2009 (SPV. Jaime Araújo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla. AV. Jaime Araújo Rentería), que dicen:

“Sexto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de la expresión “compañero o compañera permanente” contenida en el artículo 34 de la ley 599 de 2000 en el entendido de que la misma incluye, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.”

“Octavo.- Declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con la expresión “grupo familiar” contenida en el numeral 1º del artículo 179 de la ley 599 de 2000, por ineptitud sustantiva de la demanda y declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, del 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.”

³⁶ La forma como se realizó la modulación en la sentencia C-029 de 2009 (SPV. Jaime Araújo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla. AV. Jaime Araújo Rentería), también puede observarse en los siguientes numerales de la parte resolutive:

Quinto.- declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de las expresiones “compañero permanente” y “compañero o compañera permanente” de los artículos 8-b, 282, 303 y 385 de la ley 906 de 2004, 222, 431 y 495 de la ley 522 de 1999 y 71 de la ley 734 de 2002 en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Décimo quinto.- declarar la exequibilidad del artículo 454a del código penal, en los términos de los considerandos de esta providencia, en el entendido de que este tipo penal también comprende las amenazas, en igualdad de condiciones, en contra de los integrantes de las parejas del mismo sexo que actúen como testigos.

Décimo sexto.- declarar la exequibilidad, por los cargos analizados, de los artículos 5, 7 y 15 de la ley 975 de 2005, 11 de la ley 589 de 2000, 14 y 15 de la ley 971 de 2005 y 2º de la ley 387 de 1997, siempre que se entienda que, cuando corresponda, sus previsiones, en igualdad de condiciones, se aplican también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Décimo séptimo.- declarar la exequibilidad, por los cargos analizados, de los artículos 47, 48 y 58 de la ley 975 de 2005, en el entendido de que los mismos se aplican también al cónyuge, compañero o compañera permanente y, en las mismas condiciones, a los integrantes de la pareja del mismo sexo.

Décimo octavo.- declarar la exequibilidad, por los cargos analizados, de la expresión “compañero o compañera permanente” contenida en los artículos 10 de la ley 589 de 2000 y 26 de la ley 986 de 2005, en el entendido de que la misma, en igualdad de condiciones, se aplica también a los integrantes de las parejas del mismo sexo, y la exequibilidad, por los cargos analizados, del artículo 2º de la ley 986 de 2005, siempre que se interprete que el mismo no excluye a las parejas del mismo sexo de las medidas de protección consagradas en la Ley 986 de 2005.

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 4º de la citada disposición legal.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado
Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
Ausente con excusa

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado
Con salvamento de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado
Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
A LA SENTENCIA C-100/11**

SENTENCIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia para establecer condición de agravación punitiva/**SENTENCIA INTEGRADORA EN MATERIA PENAL**-Improcedencia

Mediante sentencia C-100 de 2011 la Corte decidió declarar la exequibilidad condicionada del numeral 5 del artículo 166 del Código Penal, según el cual se configura agravación punitiva del delito de Desaparición Forzada, cuando esta conducta típica se cometa por razón y contra los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los sujetos aludidos en el num. 4° Art. 166 Código Penal, y el condicionamiento consistió en extender la configuración de la agravación punitiva, al evento en que la conducta típica se cometa por razón y contra el o la cónyuge o el compañero o la compañera permanente de los sujetos aludidos (los del num. 4° Art. 166 Código Penal), sobre lo que manifiesto mi desacuerdo, pues considero que la consagración de una condición de agravación punitiva no puede establecerse en una sentencia de control de constitucionalidad, pues dicho diseño debe respetar el principio de legalidad en materia penal, así como los contornos de la política criminal estructurada por el Ejecutivo y por el Congreso. La intervención del juez de control de constitucionalidad, no tiene el alcance de participar en la inclusión de condiciones que determinen un alcance distinto de la norma penal, al que le dio el Congreso. La Corte debe excluir los contenidos normativos penales que encuentre contrarios a la Constitución, pero no puede darle contornos distintos, pues ello es un asunto de respecto del principio democrático, sobre el cual descansa el principio de legalidad.

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN MATERIA PENAL-Alcances

Uno de los principales alcances del principio de legalidad en materia penal es que tanto la definición de la conducta típica, como la sanción deben estar señaladas por la ley y en este caso se entiende por ley la norma producida por el órgano representativo y deliberativo, el Congreso de la República. En tal sentido esta Corporación de manera reiterada ha señalado que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca.

SENTENCIA INTEGRADORA POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA EN MATERIA PENAL-Incompetencia de la Corte Constitucional/**SENTENCIA ADITIVA**-Improcedencia para ampliar cualquiera de los elementos del tipo penal

En materia penal, el respeto por el principio de legalidad indica que los vacíos normativos, derivados de omisiones legislativas, difícilmente pueden ser llenados por el juez mediante sentencias aditivas.

POLITICA CRIMINAL-Inconveniencia de acudir a sentencias aditivas para modificar su alcance

EXHORTACION AL CONGRESO POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA EN MATERIA PENAL-Procedencia para la regulación de la omisión encontrada

1.- Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria de la Sala Plena, el suscrito Magistrado procede a sustentar el presente salvamento de voto respecto de la sentencia C-100 de 2011.

2.- La sentencia en mención decidió declarar la exequibilidad condicionada del numeral 5] del artículo 166 del Código Penal, según el cual se configura agravación punitiva del delito de Desaparición Forzada, cuando esta conducta típica se cometa por razón y contra los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de: “servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia (numeral 4° Art. 166 Código Penal).” Así, el condicionamiento decidido por la mayoría de la Sala Plena consistió en extender la configuración de la agravación punitiva, al evento en que la conducta típica se cometa por razón y

contra **el o la cónyuge o el compañero o la compañera permanente** de los sujetos aludidos (los del num. 4° Art. 166 Código Penal).

Para la mayoría no existen razones suficientes para que no se configure agravación punitiva en mención, en el caso en que la víctima del delito de desaparición forzada sea el (la) conyuge o compañero(a), tal como sí se configura cuándo la víctima es pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Esto, bajo el argumento genérico según el cual la norma que establece la condición de agravación debe ser interpretada como una fórmula de protección a los allegados de los sujetos listados en el numeral 4° del artículo 166 del Código Penal, los cuales a su vez describen condiciones particulares de personas u oficios, que se consideran más susceptibles a ser víctimas del delito de desaparición. En este orden, según la sentencia existe la obligación de proteger también, a el (la) conyuge o compañero(a).

3.- Quiero manifestar mi desacuerdo con la anterior decisión, pues considero que la consagración de una condición de agravación punitiva no puede establecerse en una sentencia de control de constitucionalidad, pues dicho diseño debe respetar el principio de legalidad en materia penal, así como los contornos de la política criminal estructurada por el Ejecutivo y por el Congreso. Por ello la sentencia debió declarar la exequibilidad de la norma y exhortar al Congreso para regular el asunto que la Corte decidió incluir en el ordenamiento penal mediante la presente sentencia.

4.- En efecto, uno de los principales alcances del principio de legalidad en materia penal es que tanto la definición de la conducta típica, como la sanción deben estar señaladas por la ley y en este caso se entiende por ley la norma producida por el órgano representativo y deliberativo, el Congreso de la República, al cual le corresponde decidir las intervenciones en el derecho a la libertad personal que en definitiva supone el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado en esta esfera (arts. 28 y 29 C.N)³⁷. En tal sentido esta Corporación de manera reiterada ha señalado que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que es obligatorio respetar el principio de tipicidad: "*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*". De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca.

En consecuencia la intervención del juez de control de constitucionalidad, no tiene el alcance de participar en la inclusión de condiciones que determinen un alcance distinto de la norma penal, al que le dio el Congreso. La Corte debe excluir los contenidos normativos penales que encuentre contrarios a la Constitución, pero no puede darle contornos distintos, pues ello es un asunto de respecto del principio democrático, sobre el cual descansa el principio de legalidad.

5.- Ahora bien, lo anterior se relaciona directamente con el fenómeno de la omisión legislativa y las posibles alternativas en las que resulta competente el juez de control de constitucionalidad para repararlas. En mi opinión, dicho fenómeno incluye una profunda reflexión sobre los pormenores alrededor de los cuales se activa dicha facultad en cabeza de los jueces de control de constitucionalidad. Pues, en materia penal, el respeto por el principio de legalidad indica que los vacíos normativos difícilmente pueden ser llenados por el juez mediante sentencias aditivas. Además, el complejo diseño de la política criminal sugiere igualmente, que la coherencia del régimen penal supone que las decisiones del legislador no deberían tomar alternativas distintas en relación con las hipótesis que incluye y excluye. Insisto en que este camino por el que ha optado la Corte, dificulta la consolidación coherente de una política criminal, y contribuye por el contrario a constantes transformaciones de la misma, lo cual a su vez resta posibilidades al Estado para afianzar un sistema penal efectivo, eficaz y funcional.

6.- De otro lado, la alternativa hermenéutica de la Corte desconoce dos situaciones de relevancia constitucional. La primera referida al carácter del condicionamiento que se imprime a la norma objeto de control, en el sentido de declarar que su interpretación acorde con los principios constitucionales incluye en la descripción de la conducta típica, hipótesis adicionales a las que el legislador contempló originalmente. Y la segunda relativa a la inconveniencia de utilizar la jurisprudencia constitucional para adicionar elementos a la política criminal.

Sobre lo primero, considero que se ha desconocido por parte de la mayoría de la Sala Plena el hecho de que el sentido del condicionamiento implica la modificación *in pejus* de la norma objeto de control. En efecto, en mi parecer, la interpretación de una norma penal, para considerarla acorde con el orden constitucional no puede ser la inclusión de un elemento que amplíe la sanción penal, o el alcance de un agravante como es el caso. Cuando, como lo he explicado, la estipulación de normas penales con dicho carácter requiere de reflexiones previas por parte de las autoridades

³⁷ También los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Comisión Americana de Derecho Humanos.

administrativas encargadas de diseñar la política criminal. Además de que, resulta por demás contradictorio que la interpretación conforme con los derechos constitucionales de una disposición penal signifique extender sus efectos, obviamente perjudiciales, en razón de la naturaleza de la norma penal. Y, frente a lo anterior no es suficiente afirmar que la disposición estudiada en la presente sentencia tienen un carácter protector, pues todas las normas penales pueden ser interpretadas desde la perspectiva de la víctima potencial del delito, es decir como normas protectoras; y ello querría decir que dicha vía de análisis autoriza siempre al juez de control de constitucionalidad a incluir hipótesis de castigo penal no consagradas por el legislador.

Sobre lo segundo encuentro que, el fenómeno que acabo de describir genera respecto de los ciudadanos y de la comunidad jurídica en general, una situación inconveniente. Esto, en tanto pareciera que la Corte asintiera en el fomento de la práctica según la cual resulta válido acudir a las sentencias aditivas para modificar el alcance de la política criminal.

En los anteriores términos salvo el voto.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
MAURICIO GONZALEZ CUERVO
A LA SENTENCIA C-100/11**

SENTENCIA INTEGRADORA POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA EN MATERIA PENAL-Incompetencia de la Corte Constitucional (Salvamento de voto)/**SENTENCIA ADITIVA**-Improcedencia para ampliar hipótesis del tipo penal (Salvamento de voto)

SENTENCIA ADITIVA POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Procedencia sólo frente a trato discriminatorio (Salvamento de voto)

SENTENCIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia para establecer condición de agravación punitiva (Salvamento de voto)

SENTENCIA ADITIVA EN MATERIA PENAL-Improcedencia para ampliar cualquiera de los elementos del tipo penal (Salvamento de voto)/**EXHORTACION AL CONGRESO POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA EN MATERIA PENAL**-Procedencia para la regulación de la omisión encontrada (Salvamento de voto)

Las sentencias aditivas no pueden aplicarse en materia penal cuando se trata de ampliar cualquiera de los elementos del tipo penal, ya que el Tribunal Constitucional está legitimado para ejercer control de constitucionalidad sobre la política criminal del Estado, pero no para reformarla o extenderla. En este caso, cuando se observa que el diseño de un tipo penal resulta deficiente, se debe realizar un exhorto al legislador, para que sea éste el que regule la materia.

Referencia: Expediente D- 8199
Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 y el numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, "por la cual se expide el Código Penal".
Magistrada Ponente: María Victoria Calle

A continuación expongo los motivos que me llevan a discrepar del sentido de la sentencia en referencia:

1. La decisión adoptada en el aludido fallo excede la competencia de esta Corporación en materia de sentencias aditivas que buscan subsanar las omisiones legislativas relativas. En esta sentencia se ha extendido la aplicación de un agravante punitivo a una hipótesis que no consagró el legislador. Esta decisión es contraria al principio democrático, recogido en la jurisprudencia de esta Corporación, según el cual la creación o modificación de los tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material).

2. La imposición de sanciones penales es una de las expresiones máximas del poder de imperio del Estado. En tal sentido, una norma que cree o amplíe delitos debe provenir del órgano legislativo. El principio de "*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*" se ve vulnerado cuando una institución diferente al Congreso es quien crea las hipótesis de sanción penal. 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 los elementos del tipo de manera clara, precisa e inequívoca.

3. Siendo esto así, una sentencia que amplíe una hipótesis de un tipo penal, extralimita las competencias de un Tribunal Constitucional. Si bien la técnica de las sentencias aditivas fue creada con el objetivo de evitar las desigualdades que surgen por una omisión legislativa relativa, su adopción es válida únicamente cuando se observa que la norma propicia un trato discriminatorio que limita el acceso y disfrute de un derecho. En este asunto, antes de evitar una discriminación en el ejercicio de un derecho, esta sentencia aditiva está ampliando una norma que impone un castigo a un sujeto activo adicional al contemplado por el legislador. 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-.

4. Las sentencias aditivas no pueden aplicarse en materia penal cuando se trata de ampliar los supuestos de un delito, ni los sujetos activos o pasivos, ni los bienes jurídicamente tutelados y, en general, cualquiera de los elementos del tipo penal. Lo contrario conllevaría a que el juez constitucional sería titular de diseñar o modificar la política criminal del Estado. El Tribunal Constitucional está legitimado para ejercer control de constitucionalidad sobre dicha política, pero no para reformarla o extenderla. En consecuencia, el papel de la Corte Constitucional cuando observa que el diseño de un tipo penal resulta deficiente, debe limitarse a realizar un exhorto al legislador para que éste regule la materia y no entrar a completar, por medio de una sentencia aditiva, lo que a su juicio es una labor inconclusa.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA C-100/11**

Referencia: Expediente D-8199. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 y el numeral 5° del artículo 166 de la Ley 599 del 2000 "por el cual se expide el Código Penal"

Magistrada Ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Mi aclaración de voto en este caso viene motivada por una circunstancia que, a mi modo de ver, resulta digna de ser considerada y que la decisión mayoritaria, con la cual estoy completamente de acuerdo, no abordó, específicamente, en los términos en que fue propuesto.

Antes de introducirnos en el aspecto central de mi aclaración, manifiesto que no soy indiferente a los reparos esgrimidos por algunos magistrados que salvaron el voto respecto al riesgo que supone para la vigencia del principio democrático de separación de poderes, el hecho de que la Corte Constitucional invada el campo competencial del órgano legislativo. En efecto, considero que dicho riesgo se acrecienta cuando la injerencia recae sobre normas penales.

Sin embargo, a mi juicio, la prevención que suscita el tema sometido a estudio queda superada si se entiende que cuando la disposición legal demandada alude a parientes por afinidad hasta el segundo grado, de las personas que se refiere el tipo penal "desaparición forzada", es lógico deducir que entre esos parientes se encuentra incluido el o la cónyuge, pues el vínculo de afinidad al que se hace alusión se deriva del hecho de contraer matrimonio.

Según como está redacta la norma, la agravación de la pena está consagrada para proteger a los familiares de quienes, en los términos del numeral 4° del artículo 165 de la Ley 599 de 2000, desempeñan determinados cargos públicos, de significativa responsabilidad, o se dedican a específicas actividades de denuncia o divulgación, de tal manera que el precepto Aclaración de voto. Sentencia C-100 de 2011

normativo tiende a prevenir que los familiares de estos profesionales sean atacados o perseguidos, como víctimas de sometimiento de desaparición forzada. Bajo ese entendido, para mi resulta claro que cuando la disposición legal se refiere a parientes por afinidad hasta el segundo grado, lógicamente, también está incluido el o la cónyuge, conclusión a la que inequívocamente conduce la existencia del vínculo de afinidad.³⁸

³⁸ Artículo 47. "AFINIDAD LEGÍTIMA. Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer".

En mi concepto, de los términos o referente que se utilizan en el enunciado normativo, se deduce que el legislador en la norma demandada también quiso extender el agravante punitivo a el o a la cónyuge de los sujetos contemplados en el tipo penal, pues si pretendió acaparar o incluir al suegro o al cuñado, con mayor razón se debió incluir a la fuente u origen de esa relación, con la que indiscutiblemente, se supone, se enlazan mayores, íntimas y cercanas relaciones de afecto.

Por consiguiente, no resulta lógico pensar que el legislador solo quiso sujetar a la norma a los parientes por afinidad del sujeto al que se refiere la conducta penal, pero no a el o a la cónyuge de éste. Bajo ese entendido, considero que es menester entonces reconocerle a la norma el sentido que quiso imprimirle el legislador y no la interpretación aparente que cabría a partir de la manera como quedó redactada.

Ahora bien, es de precisar que si lo anterior se predica de el o de la Cónyuge, también se hace extensivo al compañero(a) permanente, habida consideración de que hoy por hoy, como bien es conocido, para la aplicación de efectos jurídicos, esas dos categorías son equiparables³⁹.

Por lo tanto, concluyo que en situaciones como esta, el órgano de control constitucional es competente para darle a la norma el alcance que, verdaderamente, quiso regular el constituyente, el cual surge del análisis y de la comprensión lógica, racional y objetiva del precepto. De tal manera que, nada nuevo, distinto o adicional, está agregando la Corte Constitucional a lo que el legislador se propuso pero quizás no supo expresar claramente en el enunciado gramatical de la norma examinada y que, a mi modo de ver, en nada afecta el ámbito competencial del órgano legislativo, ni mucho menos genera el riesgo que, ciertamente, y en ello estoy de acuerdo con los magistrados discrepantes, de todas forma se debe evitar.

Así pues, frente a la omisión de la norma, que si bien podría calificarse como gramatical y no por ello deja de revestir la connotación de una omisión legislativa, había que tomar una decisión reparadora del déficit de igualdad presente en el trato atribuido a la cónyuge respecto de los parientes por afinidad y a el o a la compañero(a) permanente con respecto al cónyuge, que se traduce en que todo el grupo de personas que implícitamente está contenido en numeral 5° del artículo 166 de la Ley 599 del 2000 recibirán la misma protección sin ninguna discriminación.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

³⁹ En materia penal, los artículos 8, 282, 303, 385 de la Ley 906 de 2004, consagran la garantía de no incriminar al o a la cónyuge o al o la compañero(a) permanente, y los artículos 104, 170, 179, 188, 245 de la Ley 599 de 2000 que extiende las circunstancias de agravación punitiva cuando la víctima de los delitos de homicidio, secuestro, tortura, trata de personas, o extorsión, fuera el (la) cónyuge o el (la) compañero(a) permanente.