

Sentencia C-1116/03

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Cláusula general de competencia/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Límites

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL Y PENITENCIARIA-Límites claros al estar de por medio derechos fundamentales/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL Y PENITENCIARIA-Lineamientos señalados por la jurisprudencia

LEGISLADOR-Competencia para establecer el quantum de las penas

LEGISLADOR-Competencia para determinar cuáles conductas constituyen delitos y cuáles contravenciones

LEGISLADOR-Competencia para trazar la política criminal del Estado no es absoluta

POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO-No puede ser objeto de un juicio de inconstitucionalidad

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE DELITOS Y CONTRAVENCIONES-Principios

LEGISLADOR-Creación de figuras delictivas/LEGISLADOR-Graduación de penas/TIPO PENAL-Creación legislativa sometida a preceptos fundamentales

LEGISLADOR-Igual trato jurídico a situaciones fácticas que pueden ser comparadas

DERECHO A LA IGUALDAD-Trato diferenciado

TRATO DIFERENCIADO-Test de igualdad

TRATO DIFERENCIADO-Condiciones para ser considerado constitucionalmente legítimo

La Corte ha establecido que el trato diferenciado para que se pueda considerar constitucionalmente legítimo, debe reunir las siguientes condiciones: i) que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; ii) que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; iii) que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde

la perspectiva de los valores y principios constitucionales; iv) que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; v) que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

DERECHO A LA IGUALDAD-Derecho objetivo y no formal

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA PENAL-Imposibilidad de establecer vulneración

TEST DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD-Aplicación se efectúa en etapas consecutivas y ordenadas

DELITO PRETERINTENCIONAL-No implica necesariamente disminución de la pena

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL-Delitos que admiten desistimiento

PECULADO-Imposibilidad de extinción de la acción penal

JUICIO DE IGUALDAD-Imposibilidad por no tratarse de situaciones fácticas idénticas

SERVIDOR PUBLICO-Condición frente a los bienes del Estado es distinta a la de cualquier particular

JUICIO DE IGUALDAD-No es dable la comparación de tipos penales cuyos bienes jurídicos protegidos son diferentes

PRINCIPIO DE IGUALDAD-No vulneración

Referencia: expediente D-4618

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 269 (parcial) de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal"

Actor: Ricardo Perilla Uribe

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., veinticinco (25) de noviembre del año dos mil tres (2003).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Ricardo Perilla Uribe presentó demanda contra el artículo 269 (parcial) de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”.

Mediante auto del 16 de mayo de 2003, el Magistrado Sustanciador inadmitió la demanda contra el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, por considerar que la misma no reunía los presupuestos exigidos por el artículo 2, del Decreto 2067 de 1991, pues no se indicaron en forma clara y precisa las razones por las cuales el texto acusado de inconstitucionalidad contradecía el ordenamiento superior, en consecuencia concedió un término de 3 días al accionante para efectos de que éste corrigiera la demanda, en el sentido de formular reales cargos de inconstitucionalidad, haciendo explícitas las razones por las que considera que el texto acusado de inconstitucionalidad contrariaba el ordenamiento superior, advirtiendo que si no era corregida dentro de ese término sería rechazada.

Considerando que el accionante dentro del término legal corrigió la demanda, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 9 de junio de 2003, la admitió contra la expresión “antes de dictarse sentencia de primera o única instancia”, contenida en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, en relación con el cargo de inconstitucionalidad formulado por violación del artículo 13 superior, y dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, y al Presidente del Congreso de la República, así como también al Ministro del

Interior y de Justicia y al Fiscal General de la Nación, a fin de que, de estimarlo oportuno, conceptúen sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

Así mismo ordenó invitar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y al Instituto Colombiano de Derecho Procesal con el mismo fin.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

“ LEY 599 DE 2000”

(julio 24)

por la cual se expide el Código Penal.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

LIBRO SEGUNDO

PARTE ESPECIAL

DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

(...)

TITULO VII

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

(...)

CAPITULO NOVENO

Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

Artículo 269. Reparación. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material de delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

(...)

I. LA DEMANDA

El demandante, afirma que las expresiones “antes de dictarse sentencia de primera o única instancia” contenidas en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000 vulneran el artículo 13 de la Constitución Política, pues establecen un tratamiento discriminatorio a las personas que incurran en la conducta tipificada en dicho artículo, frente al tratamiento que se da en las mismas circunstancias - en el artículo 401 del Código penal- a los servidores públicos que incurren en la misma conducta pero contra el patrimonio del Estado.

Considera que el Estado está en la obligación de propiciar las condiciones para que la igualdad no sea formal, sino real y efectiva, y en consecuencia para que no exista diferencia entre iguales.

Aduce que la única diferencia en este caso es el nombre dado al tipo penal, ya que apoderarse de bienes del Estado se denomina Peculado, en tanto que hacerlo con bienes de personas naturales o jurídicas se denomina Hurto. Considera que no existe ninguna diferencia entre los delincuentes cualificados (de cuello blanco) y los comunes, que permita al legislador establecer diferentes oportunidades procesales para reparar los daños causados por el delito y así obtener las rebajas punitivas establecidas en las normas citadas (arts 269 y 401 de la Ley 599 de 2000).

Concluye entonces que: “...Al no existir, una diferenciación y menos objetiva y razonable, entre el comportamiento de una persona que se apodera de bienes de las personas y uno

que se apodera de bienes del Estado, el legislador no podía darle diferente trato, so pretexto de contar con libertad de configuración, sin estar violentando el artículo 13 superior...”.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio del Interior y de Justicia

La entidad señalada a través de apoderada judicial, debidamente acreditada interviene en el presente proceso, para solicitar que se declare la constitucionalidad de las expresiones acusadas, a partir de las consideraciones que enseguida se sintetizan.

Hace una breve síntesis en materia de reparación del daño, a la luz de las normas constitucionales y penales, citando los artículos 250 superior, 42 y 94 del Código Penal y 21 del Código de Procedimiento Penal.

En ese sentido, señala que no se aprecia contradicción alguna entre las expresiones acusadas y la Constitución. Cita como sustento de sus aseveraciones apartes de la sentencia C-228 de 2002, donde esta Corporación precisó la diferencia entre víctima y perjudicado, siendo ésta última acepción predicable del alcance del artículo 401 de la Ley 599 de 2000.

Estima que considerando la prevalencia que el derecho penal actual otorga a los derechos de las víctimas, es pertinente advertir que la posibilidad de disminuir la pena a partir del resarcimiento del perjuicio ocasionado representado en la eventual indemnización del daño o en la restitución del objeto material del delito, constituye una medida de política criminal que además de armonizar con la necesidad de celeridad y eficiencia dentro del proceso, busca privilegiar el derecho de las víctimas que han visto menoscabado un bien jurídico susceptible de valoración económica.

En ese contexto: “...el término procesal impuesto para acceder a la diminuyente punitiva no puede ser ampliado a otras conductas sin consultar la naturaleza del bien jurídico, la gravedad de la conducta y los parámetros de política criminal aplicables a la conducta del particular...”. Cita al respecto apartes de la sentencia C-646 de 2001.

Aduce que contrariamente a lo afirmado por el accionante, en los delitos contra el patrimonio económico, exceptuando los tipos penales de hurto calificado y extorsión, es predicable la extinción de la acción penal cuando opere la reparación integral del daño (artículo 42 de la

ley 600 de 2000), sin consideración a la instancia en que esta se lleve a cabo. Así pues, se colige que la figura de la reparación, contenida en el artículo acusado opera para los tipos penales exceptuados de la figura de indemnización integral, o frente a las demás conductas previstas en el Título VII del Código Penal cuando no se repare integralmente el daño ocasionado.

Concluye que: "...el plazo fijado por el legislador para que el procesado acceda a la disminución de la pena establecida en el ordenamiento punitivo sustancial no constituye per se vulneración alguna de su derecho a la igualdad, cuando por el contrario su conducta atentatoria del patrimonio económico puede, en consideración del legislador, excluir la acción penal ...".

Además, la posibilidad de extinción de la acción penal por indemnización integral está excluida frente a las conductas de peculado, sobre las que el actor realiza el cotejo normativo con base en el que erradamente infiere el desconocimiento del derecho a la igualdad.

2. Fiscalía General de la Nación

El Fiscal General de la Nación, interviene en el presente proceso para solicitar a la Corte que declare la constitucionalidad de las expresiones acusadas a partir de los argumentos que se resumen a continuación.

Estima el interviniente que corresponde al legislador dentro de su potestad de configuración establecer la política criminal, respetando los principios y garantías constitucionales para quienes se ven afectados por el ius puniendi estatal.

Recuerda que los juicios de igualdad en materia punitiva deben enmarcarse dentro de los parámetros señalados en la sentencia C-551 de 2001 en donde la Corte estableció que solamente se vulnera el artículo 13 superior cuando puede afirmarse que se dio un diverso tratamiento a dos supuestos fácticos o jurídicos idénticos, o que siendo estos distintos se les dio tratamiento uniforme; circunstancias que considera no se presentan respecto de la norma acusada.

Afirma al respecto que: "...es equivocado equiparar los supuestos fácticos consagrados en los artículos 269 y 401 del nuevo código penal, por cuanto su operancia esta destinada a

obrar en bienes jurídicos totalmente distintos como lo son el patrimonio económico y la administración pública, aunado al hecho diferenciador de la calidad especial de servidor público o de deber legal con el estado que se exige en los segundos delitos de la referencia, que no se presentan en los primeros. Razón por la cual el legislador ha decidido regular diversamente dichas conductas delictivas, sin que eso implique desconocer el artículo 13 superior, debido a que no se está ante una misma hipótesis jurídica...”.

Concluye entonces que las diferencias en los contenidos normativos de los artículos del Código Penal que el actor compara, responden a la diferencia de los bienes jurídicos protegidos en cada caso.

Finalmente, aduce que en el supuesto que: “...se pudieran asimilar los artículos 269 y 401 de la ley 599 de 2000, se observa, que si bien es cierto la atenuación punitiva consagrada en la primera norma es más restrictiva en cuanto a su oportunidad procesal, con respecto a su par, también lo es que el quantum de rebaja en la sanción penal es mucho mayor que la prevista para el precepto 401 ibídem, con lo cual hay una compensación normativa que equipara las cargas...”.

3. Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Secretaria General de la Academia de Jurisprudencia, atendiendo la invitación hecha por esta Corporación, hizo llegar el concepto que preparó el académico Juan Carlos Prias Bernal, solicitando la constitucionalidad de la norma demandada, el que se resume a continuación.

El interviniente manifiesta que el actor incurre en un error en la demanda, al considerar que se vulnera el derecho de igualdad, pues presume que las hipótesis de hecho que prevén los tipos penales establecidos en los artículos 269 y 401 del Código Penal son similares y por lo tanto la consecuencia jurídica relativa a la oportunidad procesal para efectuar el reintegro o la reparación debiera ser la misma.

En ese sentido, el accionante asume que se trata de un mismo género delictual que atenta contra el patrimonio económico, cuya diferencia específica, radica en la naturaleza del titular de dicho patrimonio, pues en el evento del peculado se trata del patrimonio del Estado, en cambio en el evento de la norma demandada se trata del patrimonio de los particulares.

Considera que: "...tal asimilación es en exceso simple, y no solo desconoce los presupuestos típicos de los diferentes delitos a los que se refiere, sino también por esta misma vía, prescinde del análisis sobre el interés jurídico tutelado, y por ende, del verdadero contenido de antijuricidad de estas conductas..." Es así como mediante la tipificación de los delitos de peculado, se describen comportamientos cuyo objeto material va más allá del Patrimonio Público, determinándose el perfeccionamiento de los diferentes tipos con fundamento en la especial relación funcional que existe entre el servidor público y los bienes que administra.

Afirma que las consecuencias jurídicas procesales de la norma acusada, no vulneran en ningún momento el derecho a la igualdad, contrario sensu se guarda coherencia desde el punto de vista de la política criminal, manteniéndose incólume el principio de proporcionalidad de la pena, pues las sanciones sobre las cuales se practica la diminuyente punitiva que proviene del reintegro o reparación, son superiores en el caso del peculado, y evidentemente inferiores en los porcentajes que la disminuyen.

Aduce que en relación con el término preclusivo para la reparación del daño causado: "...dicha oportunidad procesal no puede interpretarse únicamente como un beneficio para el procesado, sino que tiene un doble sentido en la medida que permite, en lo posible, retrotraer las consecuencias nocivas del delito, favoreciendo de esta manera los intereses del titular damnificado mediato por la lesión al bien jurídico tutelado...". Lo anterior, toda vez que existe para el Estado una mayor posibilidad de retrotraer o remediar las consecuencias del delito que lo ha afectado.

Concluye que desde el punto de vista de las víctimas podría formularse el mismo alegato en relación con la desigualdad del particular afectado patrimonialmente en frente del privilegio del Estado de contar con un mayor término para efectos de su resarcimiento, pero es evidente que en este evento se deben considerar los argumentos del interés común que son precisamente los mismos que aduce el accionante para resaltar el presunto beneficio que se conferiría a la delincuencia de cuello blanco.

De forma tal que: "...No es que el "delincuente de cuello blanco" cuente con una mayor posibilidad que el delincuente común para el ejercicio de las posibilidades procesales que se ofrecen, sino que el Estado como víctima, atendiendo a su dimensión eminentemente colectiva y social, tiene una mayor posibilidad de ser indemnizado...".

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Señor Procurador General de la Nación, allegó el concepto número 3296, recibido el 23 de julio de 2003, en el cual solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la disposición acusada, de conformidad con las siguientes consideraciones.

Afirma que en virtud de la amplia potestad de configuración en cabeza del legislador éste está llamado a adoptar la política criminal del Estado, sometido solamente a los valores, principios y derechos constitucionales y a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Considera que el principio constitucional de igualdad se puede vulnerar en la medida en que se otorgue un tratamiento diferente a supuestos de hecho iguales, situación que no opera frente a la norma acusada, pues es improcedente homologar el régimen de diminuentes punitivos contenido en los artículos 269 y 401 de la Ley 599 de 2000, toda vez que no es posible contemplar una misma regulación punitiva para conductas que tienen por finalidad proteger bienes jurídicos de distinta índole, pues en el artículo 269 se busca la protección del patrimonio económico, contrario sensu el artículo 401 es aplicable cuando se investiga alguna de las formas de peculado.

Estima que: "...El régimen punitivo establecido por el legislador para los delitos contra el patrimonio económico en materia de diminuentes y reparación de los perjuicios es diferente al consagrado para los delitos de peculado, resultando éste más severo en coherencia con la mayor gravedad de esta clase de infracciones penales, las que, valga resaltar, agreden a la sociedad en general, por cuanto conllevan un ejercicio inadecuado e ilícito de la función pública en detrimento de los bienes públicos o particulares que han sido confiados por razón de la investidura de servidor público...".

En ese sentido, es que la diversidad del bien jurídico tutelado, su relevancia y la gravedad de las conductas punibles en mención es la que justifica razonablemente que el legislador contemple en las disposiciones de los artículos 269 y 401 del Código Penal, distintas escalas de reducción de las penas.

Para concluir, afirma que el artículo 401 del Código Penal no resulta ser más benévolo, frente a conductas que merecen un tratamiento punitivo más rígido, como son las que involucran la administración pública, sino que examinado integral y sistemáticamente el régimen punitivo,

puede advertirse que: “si bien el legislador permite reconocer la diminuyente por reparación en los delitos contra el patrimonio económico hasta antes de la sentencia de primera o única instancia, más no hasta la segunda, los sindicados por este tipo de reatos gozan a diferencia de los procesados por peculado, de una reducción de mayor proporción, pero además, pueden acogerse a otros mecanismos para extinguir la acción penal basados igualmente en la reparación integral del daño causado...”.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la norma acusada hace parte de una Ley de la República.

2. La materia sujeta a examen

Para el demandante las expresiones “antes de dictarse sentencia de primera o única instancia” contenidas en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000 - Código Penal -, desconocen el artículo 13 constitucional en cuanto estarían estableciendo una discriminación respecto de la oportunidad procesal para obtener la disminución de la pena entre las personas a quienes se aplica dicho artículo y aquellas a las que se les aplica el artículo 401 de la misma ley. Norma esta última que sería más benéfica para los implicados.

La interviniente del Ministerio de Interior y de Justicia precisa que la hipótesis a que alude la norma en la que se contienen las expresiones acusadas debe concordarse con el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, que establece para determinados delitos la extinción de la acción penal cuando se repare integralmente el daño ocasionado.

La interviniente aludida, así como los demás intervinientes manifiestan de otra parte que en el presente caso no resulta posible realizar un juicio de igualdad entre la normas que pretende comparar el actor por cuanto éstas se refieren a bienes jurídicos diferentes, cuya protección bien podía el Legislador regular de manera diferente en ejercicio de su amplia potestad de configuración en materia punitiva.

Los intervinientes coinciden así mismo en afirmar que aún cuando dicha comparación pudiera realizarse, resulta claro que no se establece en este caso ninguna discriminación por cuanto si bien la oportunidad procesal que se señala en cada una de ellas para solicitar la disminución de la pena es diferente, el quantum de atenuación punitiva en cada caso es igualmente diferente, sin que pueda concluirse entonces que una norma resulta más favorable que la otra.

El Señor Procurador en su intervención hace énfasis por su parte en la imposibilidad de plantear en el presente caso un juicio de igualdad entre las disposiciones invocadas por el actor por las mismas razones expuestas por los intervinientes, al tiempo que señala que la supuesta discriminación planteada por el actor carece de fundamento.

3. Consideraciones preliminares

Previamente la Corte considera necesario efectuar algunas precisiones relativas a i) La potestad de configuración legislativa en materia criminal y el principio de igualdad, y ii) el contenido y alcance de las disposiciones acusadas, que resultan pertinentes para el análisis de los cargos planteados en la demanda.

3.1 La potestad de configuración del legislador y el principio de igualdad en materia penal

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en afirmar la potestad de configuración del legislador en materia penal. Esta competencia ha dicho la Corte, si bien es amplia, se encuentra necesariamente limitada por los principios constitucionales, y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad a los que se ha referido reiteradamente la jurisprudencia¹.

Ha dicho la Corte:

“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-592/98 (M.P. 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”²

Es decir, que es al Legislador a quien compete establecer el quantum de las penas, de acuerdo con la valoración que haga de las diferentes conductas en el marco de la política criminal, así como es él quien puede señalar los casos en los que dadas determinadas circunstancias aquellas pueden disminuirse o aumentarse y los procedimientos para el efecto

Al respecto ha expresado la Corte que:

“Esta Corporación, en las oportunidades en que ha revisado la constitucionalidad de algunas normas de la ley 228 de 1998, ha considerado que compete al legislador, conforme a la cláusula general de competencia, trazar la política criminal del Estado y determinar cuáles conductas constituyen delitos y cuáles contravenciones. Sobre el particular expresó la Corte en la sentencia C-198/973, lo siguiente:

“Cabe anotar que la selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración”.

2.3. Sin embargo, esta facultad no es absoluta, porque al momento de concretarse el tipo penal, es decir, al describir la conducta objetiva punible, mediante la selección de aquellos comportamientos, que destruyan, afectan o ponen en peligro bienes jurídicos esenciales para la vida en comunidad el legislador debe tener en cuenta los fines, valores, principios y derechos contenidos en la Constitución. El legislador, además de concretar el marco jurídico criminal punitivo complementariamente, determina los procedimientos que deben seguirse para el juzgamiento tanto de los delitos como de las contravenciones, observando las garantías propias del debido proceso.

De conformidad con lo anterior, el criterio de esta Corporación ha sido⁴:

“aunque la política criminal no puede ser objeto de un juicio de inconstitucionalidad, como bien lo anotó el demandante, por tratarse de una función que el Legislador ejerce discrecionalmente, las normas que la concretan deben respetar los cánones constitucionales, especialmente aquellos que plasman derechos y garantías fundamentales”.

2.4. Según las ideas expuestas por la Corte en la sentencia C-394 de 1996, en la libertad de configuración de los delitos y contravenciones el legislador se encuentra sometido a los principios de objetividad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad (...)”⁵.

La Corte ha explicado además que solamente “en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad,” correspondería al Juez Constitucional declarar la inexecutable de las disposiciones normativas dictadas por el Legislador en estas materias.

La Corporación señaló al respecto lo siguiente:

“Mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado” (...)

“La verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces. Si la Corte Constitucional pudiera, por el sólo hecho de la eliminación de la pena menor, porque la entiende tenue, cómplice y permisiva, retirar del ordenamiento jurídico una disposición, estaría distorsionando el sentido del control constitucional. La norma sería excluida del ordenamiento con base en el cotejo de factores extraños al análisis jurídico, ecuánime y razonado sobre el alcance de aquélla frente a los postulados y mandatos establecidos en la Constitución, que es lo propio de la enunciada función, cuyo objeto radica, de manera específica, en preservar la integridad y supremacía constitucionales. Calificaría exclusivamente, por tanto, asuntos de pura conveniencia, reservados a la Rama Legislativa del Poder Público”⁶

Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado de manera reiterada que en desarrollo del principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política, corresponde al legislador otorgar el mismo trato jurídico a todas aquellas situaciones fácticas que pueden ser comparadas, así como establecer las correspondientes diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas disímiles⁷.

Esta Corporación ha establecido también en múltiples ocasiones que un tratamiento

legislativo diferente no implica per se una violación del principio de igualdad siempre y cuando sea objetivo y razonable. La Corte ha acudido entonces al llamado test de igualdad para verificar la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado a la luz de la Constitución.

Con base en dicho instrumento metodológico utilizado para analizar la supuesta vulneración del artículo 13 superior, la Corte ha establecido que el trato diferenciado para que se pueda considerar constitucionalmente legítimo, debe reunir las siguientes condiciones: i) que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; ii) que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; iii) que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; iv) que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; v) que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican⁸.

Respecto de la primera condición, que en caso de no cumplirse impide que se desarrolle dicho test⁹, la Corte ha precisado que el derecho a la igualdad que consagra la Constitución es objetivo y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, concepción ésta que supera así la noción de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente reglamentación a supuestos distintos.¹⁰

Desde esta perspectiva solamente resulta posible establecer la posible vulneración del principio de igualdad cuando las situaciones de hecho que se comparan atienden a dichos presupuestos¹¹.

Al respecto cabe precisar que en materia penal la Corte ha hecho énfasis en la imposibilidad de establecer la vulneración del principio de igualdad a partir de la comparación de tipos penales que protegen bienes jurídicos diferentes y que contienen elementos jurídicos igualmente diferentes.

Así por ejemplo en la Sentencia C-551 de 2001 la Corte descartó la vulneración del principio

de igualdad frente a un cargo en el que se pretendía comparar los supuestos de hecho regulados por los artículos 105 y 108 de la Ley 599 de 2000.

Dijo la Corte:

“Para la Corte no puede derivarse de la denominación -preterintencional- señalada por el legislador a una determinada conducta, la necesaria disminución de la pena atribuible, como lo alega la demandante al efectuar la comparación con el artículo 105 de la Ley 599 de 2000.

Resulta lógico que merezca mayor reproche penal quien comete el homicidio con dolo, que quien sin tener el ánimo de matar resulta ser autor de un homicidio como consecuencia de actos encaminados a una conducta punible de menor gravedad. Por ello en ese caso el carácter preterintencional de la conducta hace que la pena atribuida al delito sea menor.

Contrario sensu, resulta igualmente lógico que el legislador haya determinado que merece mayor reproche penal y por tanto, mayor sanción quien al cometer el delito de lesiones personales, genere el parto prematuro o el aborto en la mujer lesionada, aun cuando tal no haya sido su intención. En este segundo caso, al consumir la conducta reprochada resultan vulnerados más bienes jurídicos protegidos, ya que no sólo se compromete con mayor intensidad la integridad personal de la mujer lesionada, sino también la de su hijo que igualmente puede resultar lesionado o muerto.

No debe perderse de vista que en el caso del artículo 105 la pena que se disminuye es la establecida para el homicidio intencional, mientras que en el caso del artículo 118, la pena que se agrava es la de las lesiones personales.

Por tanto, para la Corte resulta razonable y proporcionado que el artículo 118 de la Ley 5999 de 2000 señale de manera particular que son circunstancias que agravan punitivamente el delito de lesiones personales, por sus consecuencias, la circunstancia de que “a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto”.

Así y en atención a la comparación propuesta por la demandante, mientras en el homicidio

preterintencional descrito en el artículo 105 el bien jurídico protegido es la vida sin ningún otro aditamento, en el parto o aborto preterintencional tipificado en el artículo 118 el bien jurídico tutelado no sólo es la vida e integridad de la mujer en estado de embarazo, sino adicionalmente la vida e integridad de la criatura que está por nacer, la cual goza de especial protección en nuestro ordenamiento jurídico¹².

La potestad de configuración atribuida como ya se ha dicho al Legislador en materia penal no solo permite castigar más severamente esta conducta sin desbordar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad reseñados, sino que en el presente caso frente a la comparación planteada por la demandante no se vislumbra ninguna violación del artículo 13 constitucional, al tratarse de delitos con distintos elementos y bienes jurídicos vulnerados, sin que la denominación de preterintencional de la conducta señalada en ambos casos contradiga esta circunstancia.”¹³

3.2 El contenido y alcance de las disposiciones acusadas

La norma de la que hacen parte las expresiones acusadas -art. 269 de la Ley 599 de 2000-, se encuentra dentro del título VII sobre “delitos contra el patrimonio económico”, capítulo IX sobre “disposiciones comunes a los capítulos anteriores”¹⁴, es decir a los capítulos I del Hurto, II de la extorsión, III de la estafa, IV, del fraude mediante cheque, V del abuso de confianza, VI de las defraudaciones, VII de la usurpación, VIII del daño del mismo título de la Ley 599 de 2000.

La norma con la que se le compara por el demandante -artículo 401 de la Ley 599 de 2000-, figura dentro del Título XV sobre “delitos contra la Administración Pública”, capítulo I “del peculado” de la misma ley¹⁵.

Es decir que claramente se está en presencia de textos que protegen bienes jurídicos diferentes - el patrimonio económico en el caso de las normas que se tipifican en el título VII de la Ley 599 de 2000 y la administración pública en el caso de las normas que tipifican los diversos tipos de peculado, capítulo I del título XV de la misma ley -, al tiempo que se trata de textos que aluden a sujetos diferentes, - en el caso de los delitos contra el patrimonio económico las normas hacen referencia a cualquier persona, en tanto que en el caso de los diversos tipos de peculado la ley alude al servidor público que incurra en dicha conductas -.

Circunstancia que como se desprende de la misma norma no se predica del delito de peculado en sus diferentes tipos a que aluden los artículos 397 a 400 de la Ley 599 de 2000.

Cabe señalar así mismo que mientras en el caso I) del artículo 269 de la Ley 599 de 2000 el juez disminuirá las penas establecidas para los delitos tipificados en el título VII del Código Penal¹⁸ de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado, II) de acuerdo con el artículo 401 de la misma ley, en el caso de los diferentes tipos de peculado que regulan los artículos 397 a 400 de la Ley 599 de 2000, la pena se disminuirá en la mitad, si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor; Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte; Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena en una cuarta parte.

4. La Ausencia de vulneración del principio de igualdad

Como se desprende de las consideraciones que acaban de hacerse resulta evidente que en el presente caso los bienes jurídicos protegidos con las disposiciones que el actor pretende comparar son diferentes, de la misma manera que los sujetos a los que se les aplican son igualmente diferentes.

Verificado lo anterior, es claro que el juicio de igualdad, a cuyos elementos y etapas se hizo alusión en los apartes preliminares de esta sentencia, no puede efectuarse en el presente caso por no tratarse de la comparación de situaciones fácticas idénticas que merezcan un trato idéntico, ni de la comparación de sujetos idénticos que se encuentren en una situación fáctica igualmente idéntica.

Debe tenerse en cuenta en efecto que la condición del servidor público frente a los bienes del Estado es distinta a la de cualquier particular, y que su responsabilidad, de acuerdo con el artículo 6 de la Constitución Política, se enmarca dentro de principios precisos que son mucho más exigentes en cualquier circunstancia, en atención precisamente a dicho mandato constitucional.¹⁹

En la medida además en que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación ya referida, no es dable la comparación de tipos penales cuyos bienes jurídicos protegidos son diferentes, es claro que el juicio de igualdad planteado por el actor no puede efectuarse.

Ahora bien, mas allá de estas circunstancias que por si solas impiden llegar a concluir en el presente caso la vulneración del principio de igualdad, la Corte constata que el actor no toma en cuenta en la estructura racional de su cargo la necesaria concordancia que debe hacerse en este caso entre el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, - del que hacen parte las expresiones acusadas- y el artículo 42 de la ley 600 de 2000 que establece para el caso de los delitos contra el patrimonio económico, con excepción del hurto calificado y la extorsión, la posibilidad de extinguir la acción penal cuando se repare integralmente el daño ocasionado. Posibilidad que no se establece en el caso de los diversos tipos de delito de peculado a que alude el artículo 401 de la Ley 599 de 2000.

Tampoco toma en cuenta el actor que las normas que compara no solamente regulan de manera diferente la oportunidad procesal para solicitar la disminución de la pena (antes de dictarse sentencia de primera o única instancia en el caso del artículo 269 de la ley 599 de 2000; antes de iniciarse la investigación y antes de dictarse sentencia de segunda instancia en el caso del artículo 401 de la misma ley), que es en relación con la cual encuentra una supuesta discriminación, sino también el quantum de dicha disminución (de la mitad a las tres cuartas partes en el caso del artículo 269 de la ley 599 de 2000; en la mitad, en una tercera parte, o proporcionalmente en una cuarta parte, en los supuestos a que alude el artículo 401 de la Ley 599 de 2000), que en el caso del artículo 401 es inferior a la que se establece en el artículo 269 de la misma ley.

Con lo que, como lo señalan los intervinientes, aún en el caso de que la comparación entre las normas invocadas resultara posible, ninguna discriminación podría llegar a verificarse en esas circunstancias en detrimento de las personas a quienes se les aplica el artículo 269 de la Ley 599 de 2000 que invoca el actor.

Así las cosas es claro que no asiste razón al demandante en relación con la acusación formulada contra las expresiones “antes de dictarse sentencia de primera o única instancia” contenidas en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, por la supuesta vulneración del principio de igualdad, por lo que esta Corporación declarará su exequibilidad en la parte

resolutiva de la sentencia, respecto del cargo planteado.

VII. DECISION

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

R E S U E L V E:

Declarar EXEQUIBLES, por el cargo formulado, las expresiones “antes de dictarse sentencia de primera o única instancia” contenidas en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor Jaime Cordoba Triviño, no firma la presente sentencia por cuanto en la fecha le fue aceptado impedimento para intervenir en al presente decisión.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

Aclaración de voto a la Sentencia C-1116/03

REF.: Expediente D - 4618

Magistrado Ponente:

Alvaro Tafur Galvis

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado se ve precisado a aclarar el voto, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia página 12 y siguientes, respecto al tema denominado test de igualdad.

La Corte Constitucional de Colombia ha extrapolado un modelo de control de constitucionalidad hecho por la Corte Suprema de los Estados Unidos a una Constitución diversa y a unas circunstancias diferentes, sin explicar las razones que le dieron origen a aquel y los problemas prácticos que con el mismo se quisieron resolver, para aplicarlo mecánicamente a una Constitución diversa y a una realidad distinta.

El denominado test de igualdad surgió para resolver un problema práctico en el constitucionalismo norteamericano, fundamentalmente por el conflicto surgido entre el presidente Roosevelt y la Corte Suprema de Estados Unidos. El presidente norteamericano se quejaba de que la Corte Suprema le declaraba inconstitucional sus leyes de contenido económico y que le impedía aplicar su programa económico; lo cual le generó un gran conflicto con esa Corte; conflicto que dividió la opinión pública norteamericana. Como los magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos son nombrados por el Presidente de la República, el presidente Roosevelt logró hacer una mayoría en la Corte Suprema e incluso nombrar a su presidente el magistrado Warren; este tribunal así conformado cambió la jurisprudencia de la Corte Suprema, para decir que el control de constitucionalidad sobre temas económicos de ahora en adelante iba a ser más flexible y que abandonaba el control estricto que había hecho para dejar que el gobierno y el congreso hicieran las leyes económicas como quisieran, pues lo único que exigiría en el futuro era un mínimo de racionalidad en la ley. Con este cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema, el gobierno de Roosevelt logró lo que quería; que era atenuar y debilitar el control de constitucionalidad a sus leyes económicas y lógicamente esta tesis benefició al poder ejecutivo y restringió el control de constitucionalidad. Este es el origen histórico de los diferentes test en el control de constitucionalidad y su finalidad histórica fue la de favorecer el gobierno de Roosevelt y no hay duda que surgió para beneficiar a los gobiernos de turno con el riesgo de afectar derechos económicos a los ciudadanos; ya que toda ley tiene un mínimo de racionalidad, pues de lo contrario no hubiera sido expedida si fuese un absurdo total y la consecuencia es que muchas leyes violan derechos de los ciudadanos, pero al aplicarles un test débil el Tribunal Constitucional termina avalándolas en detrimento de los derechos fundamentales.

Nuestro sistema jurídico es diverso al norteamericano, nuestra Constitución ordena a la Corte Constitucional guardar la integridad de ella, sin hacer diferencias en el método de control ni en el tipo de ley que se controla. Nuestro parámetro constitucional (que no está en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica), es el de la integridad de la Constitución

y si la Corte no lo aplica deja desprotegidos los derechos de los ciudadanos.

Se le olvida también a la Corte que el tema de la igualdad es mucho más complejo que la forma simplista como lo trata la sentencia y como paso a demostrarlo.

1. La igualdad puede predicarse de características personales; de la distribución hecha entre dos personas o grupos de personas; o de las normas que señalan como se hacen esas distribuciones.

1.a. Igualdad de características personales. La igualdad o desigualdad de características personales, son conceptos descriptivos, por ejemplo, cuando yo digo que una persona tiene la misma estatura, edad, ingreso y raza que otra, esas características se pueden comprobar empíricamente y por lo mismo no son normativas y constituyen verdaderos juicios de valor caracterizantes.

1.b. Igualdad de tratamiento. Si esas mismas dos personas son tratadas por una tercera, de igual manera, es también un concepto descriptivo; por ejemplo, si a una persona se le impone una misma carga o un mismo beneficio que a otra, decimos que son tratadas iguales por un tercero.

1.c. Reglas de distribución igualitarias. El tema de igualdad de tratamiento es diverso al del carácter igualitario de la regla misma; pues, en el primer caso en realidad se está mirando cómo se aplica la regla y lo que ahora preguntamos es si la regla misma es igualitaria o no con prescindencia de su consideración de valor o normativa.

No sobra recordar que la regla de distribución tiene la siguiente formulación general:

Cualquier gravamen o beneficio debe distribuirse o negarse a una persona si tiene o no cierta característica específica, por ejemplo, su capacidad económica, su edad, etc..

2. Algunas reglas de distribución. Con el fin de lograr la igualdad se han esbozado diversas reglas de distribución:

2.a. Partes iguales para todos. Un sistema jurídico o moral es igualitario si todos los cargos o beneficios se distribuyen en partes iguales a todos. Como dijera Aristóteles en la Política (1301 b): "Ser tratado de una manera igual o idéntica en el número y cantidad de las cosas que se reciben", es la denominada igualdad numérica.

Una aplicación práctica de este criterio, es la que se hace cuando decimos que a todas las personas se les debe reconocer los mismos derechos fundamentales.

2.b. Partes iguales a los iguales. Es la regla consagrada por Aristóteles en su ética a Nicomaco (1131 a): "Cuando los iguales tienen partes desiguales o los no iguales tienen partes iguales". De esta expresión se deducen dos reglas: a) se debe dar igual a los iguales y b) desigual a los desiguales. Esta segunda regla sin embargo plantea otro problema; si el objetivo es lograr la igualdad, en qué proporción desigual le damos a los desiguales? y la respuesta no puede ser otra que en la misma proporción de la desigualdad. Matemáticamente podemos expresar el concepto así: Si A tiene 2 y B tiene 5 y a B le damos adicionalmente 1 o sea $5+1=6$, tendríamos que darle a A 4 adicionales para hacerlo igual a B o sea $2+4=6$, $A=2+4=6$, con el fin de hacer iguales a A y a B. Otra manera de lograr la igualdad de los desiguales sería quitándole al que tiene más y dándosele al que tiene menos, por ejemplo: Si A tiene 6 y B tiene 2 a A le quitamos 2 y se los damos a B; esta podría expresarse así: $A=6-2=4$, B que tenía 2 le doy los 2 que le quito a A y queda también con 4.

2.c. Partes iguales a un grupo relativamente grande. Esta regla de distribución lo que quiere significar es que cuando se distribuyen beneficios, es más igualitaria la distribución cuanto mayor es la cantidad de personas que lo recibe, si se compara con el número de personas excluidas. De igual manera la norma que establece gravámenes es considerada más igualitaria cuando mayor es el número de personas a las que se les impone.

2.d. Igualdad según los méritos. Otra regla de distribución señalada por Aristóteles en la Política (1.301 a) y que se puede expresar de la siguiente forma: Las personas que tienen iguales méritos merecen partes iguales. Quien tiene más méritos debe tener una parte mayor y quien tiene menos una parte menor.

Esta regla de igualdad no deja de tener problemas, ya que si bien el valor de la cosa dada puede ser medido y objetivamente comprobado y también algunas características de las personas como la edad, la raza, etc.; el valor de la persona que recibe es subjetivo y no es susceptible de comprobación objetiva. Decir que una persona tiene doble mérito que otra (entendido como mayor valor moral), no es más que un subjetivo juicio de valor que hacemos sobre unas personas. Hay que resaltar aquí la diferencia entre la filosofía estoica que consagró la igualdad de mérito o dignidad de todas las personas, por oposición a la

Aristotélica-Platónica que consideraba que los hombres tenían un mérito o valor desigual.

Instituciones como la carrera administrativa, judicial, militar, etc. no son más que aplicaciones de las reglas de la igualdad con base en los méritos o el principio laboral de salario igual a trabajo igual, no es más que concreción de esta regla de distribución.

2.e. Regla de distribución. A cada uno según sus actos. Esta regla busca medir los actos realizados por cada uno y se usa frecuentemente para determinar el resarcimiento de los daños ocasionados o la retribución del trabajo. Este principio de igualdad a veces se transforma en principio de proporcionalidad entre los actos realizados y el resarcimiento o retribución recibida; por ejemplo, el principio de igualdad de la Biblia, ojo por ojo diente por diente, puede mutarse para el proporcional, cuando la pérdida del ojo se resarce con una adecuada suma de dinero.

Una regla de distribución sólo es igualitaria o no, si se le mira en relación con la distribución anterior a ella. Sólo es igualitaria si se le relaciona con la distribución anterior, pues si deja intactas las desigualdades de cargas o beneficios anteriores o los aumenta no es igualitaria y sólo lo será si reduce las diferencias o las elimina.

2.f. Igualdad de oportunidades. Dos personas sólo tienen igual oportunidad de ganar en una competencia si parten del mismo lugar, si Y se encuentra detrás de Z debe desplazarse hasta donde se encuentra Z para tener la misma oportunidad que Z, de vencer. La igualdad de oportunidades, lo que busca es un punto de partida igual para todas las personas, de modo que el orden de llegada dependa del esfuerzo individual de cada uno y no de sus circunstancias económicas o sociales.

Esta regla nos lleva a otra íntimamente emparentada con ella, que es la de igual satisfacción de las necesidades fundamentales ya que existe un mínimo de necesidades fundamentales que son sustancialmente idénticas, en una determinada sociedad y tiempo para todas las personas y deben ser satisfechas por todas las personas. Su proyección más radical se encuentra en el principio de distribución comunista que dice: “de cada quien según su trabajo y a cada quien según su necesidad” o como lo expresa el Presidente F. D. Roosevelt “Los hombres menesterosos no son hombres libres”.

2.g. Igualdad y capacidad jurídica. La aspiración milenaria de los hombres al reconocimiento

de una igual capacidad jurídica, a pasado desde la abolición de la esclavitud hasta las luchas revolucionarias burguesas y socialistas y se a centrado en la supresión de las discriminaciones. La eliminación de las limitaciones de la capacidad presentan algunos obstáculos que es necesario reseñar pues a pesar de que no se admiten aquellas limitaciones que tienen un claro objetivo de dañar y discriminar, es difícil eliminar aquellas que tienden a proteger a ciertos sujetos; piénsese por ejemplo, en el caso de los niños o de las personas con enfermedades mentales a quienes se les recorta su capacidad con el fin de protegerlos.

Debemos advertir la gran carga ideológica de este argumentación, ya que aún las limitaciones de la capacidad que tienen el claro objetivo de dañar, han sido frecuentemente justificadas con la necesidad de proteger a la persona cuya capacidad se limita.

3. Como se puede observar de lo dicho hasta ahora en el ordenamiento periódico no existe una sola regla de igualdad. En realidad utilizamos diversas reglas de igualdad que tienen aplicación en ciertos sectores del ordenamiento y no en otro. Por ejemplo, en el tema de carreras (administrativa, judicial) utilizamos la regla de distribución de igualdad con base en le mérito. En cambio, en materia de derechos fundamentales utilizamos la regla de partes iguales para todos o igualdad numérica ya que les reconocemos los derechos fundamentales a todas las personas.

4. La igualdad formal o ante la Ley. Esta igualdad significó una verdadera revolución, que sólo podemos captar en su justa dimensión cuando observamos que en la sociedad feudal los hombres no eran iguales ante la ley y que sus derechos y obligaciones dependían de la clase social a la que pertenecían de modo que el miembro de la nobleza tenía derechos mayores que los de las otras clases (clero, naciente burguesía, ciervos de la gleba, etc.) mientras la naciente burguesía tenía muchas obligaciones, y muy pocos derechos (con razón Sieyes decía que el tercer estado era todo, pero que no tenía ningún derecho). Por esta razón cuando las revoluciones burguesas hicieron a todos los hombres iguales ante la ley dieron un gran paso hacia la dignidad del hombre.

La igualdad formal o ante la ley se rompe de dos maneras:

A. Dándole algo a alguien, que no le damos a los demás, esto es lo que se denomina privilegios; concediendo privilegios.

B. También se rompe la igualdad ante la ley cuando no le damos a algunos, lo que le doy a todos los demás; esto es lo que se denomina discriminaciones; por ejemplo, no le doy el derecho al voto a los negros, que le doy a todas las demás personas.

La igualdad formal o ante la ley, se puede romper hacia arriba, concediendo privilegios o hacia abajo, discriminando. Queremos advertir que las formas de discriminación previstas en el artículo 13 de nuestra Constitución no son las únicas que pueden existir.

La regla general en el estado de derecho es que los hombres son iguales y la excepción es que son desiguales. La desigualdad es la que requiere justificación; la justificación de por que hay que tratar de forma desigual, el trato desigual requiere una justificación; una prueba y una carga argumentativa que no requiere la igualdad formal. La igualdad de trato tampoco requiere justificación; en cambio la disparidad de tratamiento necesita siempre ser justificado.

Esta nos lleva a otro tema que es el de la igualdad material.

5. Igualdad material. Frente a la igualdad de la ley, que era la igualdad burguesa o liberal, su competidor ideológico, que era el socialismo, y que defendía los intereses de la otra clase social que había nacido como hija de la revolución industrial, está es el proletariado; le hizo una grave acusación consistente en que los hombres que eran iguales ante la ley, en los hechos eran profundamente desiguales, pues mientras unos tenían medios económicos para hacer efectivos sus derechos otros carecían de ellos y sus derechos y libertades se quedaban en el papel. Marx señalaba cómo en una sociedad como la capitalista, donde los hombres eran desiguales la única manera de hacerlos iguales era con un derecho desigual.

El estado social de derecho que busca hacer efectiva no solo la igualdad formal sino también la material, y aceptando, que en los hechos unos hombres son desiguales a otros, busca hacerlos iguales, dándoles desigual.

Esta distribución desigual debe corresponder no a cualquier diferencia entre los hombres sino a diferencias relevantes, en relación con el fin que se persigue; por ejemplo, la edad es relevante en relación con el derecho de voto; la riqueza es relevante respecto a los impuestos, en cambio, el color de la piel no es relevante respecto de los tributos que debe pagar una persona; en consecuencia una diferencia de trato requiere una prueba, y una

justificación de la diferencia relevante existente entre dos personas o grupos de personas.

5. 1 El problema de la igualdad.

Desde el punto de vista filosófico y jurídico, en principio la igualdad de una persona sólo se predica respecto de sí misma, de tal manera que Pedro Pérez sólo es igual a Pedro Pérez y esto desde una perspectiva del principio lógico de identidad, el cual implica necesariamente que nos estamos refiriendo a las mismas dimensiones de espacialidad y de temporalidad, pues si aplicamos una concepción dialéctica respecto del elemento temporalidad, ni siquiera el Pedro Pérez de ayer será el mismo Pedro Pérez de hoy, ni el mismo Pedro Pérez de mañana.

Si es claro entonces que la igualdad sólo puede predicarse de una persona en una concepción estática y no dialéctica; con mayor razón deja de ser cierto que existen dos personas iguales, de tal manera que Pedro Pérez jamás será igual a María Martínez.

En realidad, cuando queremos hacer iguales a dos personas necesitamos abstraernos de una serie de diferencias que ellas tienen y fijarnos sólo en las similitudes relevantes que poseen; de modo que para igualar, siempre debemos ignorar diferencias y poner el acento en los elementos similares, que además de ser similares, deben ser también relevantes, para la concesión de un derecho. Por ejemplo, la diferencia racial no se tiene en cuenta para el pago de impuestos, de modo que una mujer blanca paga el mismo impuesto que un hombre negro que tiene su misma capacidad económica; este ejemplo muestra claramente que hacemos abstracción de la diferencia de raza y de género (blanca y negro, mujer y hombre) y nos fijamos en la similitud de capacidad económica.

6. Intensidad del test

Por cuanto, no estoy de acuerdo con incluir en la motivación de la sentencia que el examen de constitucionalidad de una norma pueda realizarse aplicando lo que allí se denomina un "test" de "intensidad" variable según la materia a que se refiera, de tal suerte que él será "leve" si se trata de "materias económicas, tributarias o de política internacional", pues lo que a la Corte le confía el artículo 241 de la Carta es la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución, sin que pueda establecerse de manera subjetiva que en unos casos debe ser más estricta que en otros, pues lo único que ha de guiar su labor es el ejercicio de la

función de control que se le atribuye por la citada norma “en los estrictos términos” que la propia Constitución le señala.

Mi oposición a que la Corte aplique al decidir sobre la constitucionalidad de normas sometidas a su control el concepto de intensidad del test (leve, mediano o estricto), se funda además en que puede ser subjetivo y caprichoso por cuanto habría que preguntarse ¿quién determina la intensidad del test? ¿porqué a unas materias se aplicaría un test leve, a otras uno mediano y a otras uno estricto?. Interrogantes estos que nos podrían conducir en esa materia a preguntar ad infinitum.

Por otra parte, aplicado en una de esas modalidades subjetivas ese “test” siempre debería hacerse así en el futuro. Eso lleva a que la Corte Constitucional “se case con la tesis de que a ciertas materias se aplique de antemano un test de intensidad determinada”, que la Constitución no autoriza.

Afirmar que en materias económicas el análisis de constitucionalidad se oriente mediante “un test leve de razonabilidad” compromete a la Corte en un sentido determinado y la pone a andar un camino que después no puede deshacer y, en cambio, le impide examinar con objetividad cada caso concreto. No es verdad que todo lo que se refiere a materias económicas tenga la misma trascendencia jurídico-constitucional. Por eso, resulta imposible, de antemano, afirmar que el análisis debe ser “leve” en esas materias, pues, como se sabe, hay unas de mayor importancia y trascendencia que otras, aún siendo todas de contenido económico. Así, no es lo mismo una ley que concede un subsidio a los veteranos de la guerra del Perú (de los cuales superviven muy pocas personas) que la ley que adopta el Plan de Desarrollo e Inversiones Públicas, para juzgarlas ambas con poco rigor, con un “test leve”.

La dificultad se evita si, en los dos casos, se juzga aplicando sin esquinces la Constitución Política. Lo mismo sucedería con un tratado internacional, si se juzga con fundamento en la Constitución uno destinado al intercambio cultural entre Colombia y Venezuela por ejemplo, que otro que estableciera la pena de muerte para quienes crucen la frontera como indocumentados. En los dos casos, aunque son diversos, la constitucionalidad ha de juzgarse única y exclusivamente con aplicación de las normas previstas por la Carta en una y otra hipótesis, sin necesidad de acudir a la “intensidad” de test no prevista en la Constitución.

Conviene recordar que esa técnica jurídica de la “intensidad de los test” de

constitucionalidad producto de la experiencia constitucional Norteamericana, permite clasificarlos de tal suerte que unos serán estrictos, otros medianos y otros leves, dependiendo del intérprete y dejando sin resolver porqué apenas se considerarían esas tres categorías y no otras adicionales, que llevarán, por ejemplo, a “un test estrictísimo”, a un “test levísimo”, a uno “medio estricto”, o a otro “medio leve”, y para agravar la incertidumbre cabría preguntarse ¿quién determina el test que se escoge?; ¿existen criterios objetivos para escogerlo? O ¿más bien es el intérprete quien escoge subjetivamente un test y luego, a posteriori trata de justificarlo? Y, ¿con qué fundamento constitucional?.

A mi juicio, el rigor en el control sobre la constitucionalidad de los actos sometidos al mismo por decisión de la Carta Política debe ser, siempre, el que resulte de la confrontación de las normas inferiores con aquella, sin que pueda, en ningún caso, aumentarse o disminuirse para que quepa o no la norma causada dentro de la Constitución según la materia a que ella se refiera, pues ello equivale a que la Constitución se alarga o se acorta según convenga, al igual que ocurría con el “lecho de Procasto” en el que, para que el usuario cupiera se le estiraba o se cercenaba para que de todas maneras diera la medida.

7. El test de razonabilidad.

El objeto de esta aclaración de voto es el de hacer unas reflexiones que muestren toda la problemática que existe detrás del concepto de razonabilidad, algunas de estas cogitaciones las he expresado yá en la Sala Plena y en otras aclaraciones de voto.

El principio de razonabilidad no es más que un límite a la legislación y más concretamente al órgano legislativo.

Este principio ha tenido origen en la interpretación que se ha hecho del principio de igualdad y especialmente de la regla de la igualdad que establece que los casos iguales deben ser tratados por el legislador del mismo modo y los desiguales deben ser tratados de manera diferente.

Esta regla de igualdad, sin embargo, no resuelve el problema, sino que lo traslada a otro lugar, pues plantea el problema de decidir cuáles son los casos iguales (para darle igual

tratamiento) y cuáles no lo son (para darles distinto tratamiento); dicho de otra manera, cuáles distinciones se justifican y cuáles no (y por lo mismo son discriminatorias).

El principio de razonabilidad trata de dar una respuesta a esta pregunta, sin embargo, implica una contradicción lógica ya que, como lo dijera Riccardo Guastini, es una respuesta tautológica, pues las distinciones hechas por el legislador deben ser razonables para no ser discriminatorias. Lo que significa que para distinguir deben existir razones. Razones, que deben ser buenas razones, buenos argumentos, que equivalen a justificaciones. Por esa razón, Guastini señala que, según el principio de razonabilidad, una distinción es justificada cuando está justificada y esto, desde el punto de vista lógico, es una tautología.

El principio de razonabilidad es también una fuente de las denominadas “lagunas axiológicas”. Se denomina laguna axiológica no a la falta de cualquier norma sino a la falta de una norma justa, es decir, de una norma jurídica que no existe, pero que debería existir a causa del sentido de justicia del intérprete o para la justa aplicación de una norma superior (constitucional).

Cuando el legislador trata de modo igual casos que al intérprete (de la Constitución, o más exactamente, al tribunal constitucional), le parecen diversos, o sea cuando el legislador no distingue cuando debería distinguir, entonces el tribunal constitucional dirá que falta una norma diferenciadora (existe una laguna, pues falta la norma diferenciadora). Cuando el legislador trata de modo diverso casos que al intérprete de la Constitución parecen iguales y, en consecuencia, el legislador ha distinguido sin razón, entonces el intérprete manifestará que falta una norma igualadora (en este caso también existe laguna, ya que falta la norma que iguala y que confiere el mismo derecho).

Como se puede observar, el principio de razonabilidad es una máquina creadora de lagunas jurídicas y es, hay que decirlo claramente, un instrumento de poder en manos de los tribunales constitucionales para revisar discrecionalmente las decisiones del legislador, e incluso para suplantarlo. Precisamente por ser un instrumento tan poderoso es que requiere un uso muy prudente y es por lo que hay que despojarlo de todas sus mitificaciones.

Si bien es cierto las Cortes o Tribunales que hacen control de constitucionalidad han aplicado una técnica denominada “Test de razonabilidad del criterio de igualación”, esta técnica se aplica no sólo al derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política de

Colombia), sino a todos los demás derechos fundamentales. Se utiliza cuando una ley limita cualquier derecho fundamental y busca salvaguardar el contenido esencial de ese derecho.

Este método busca proteger los derechos fundamentales aún frente al propio legislador, ya que la posibilidad que éste tiene de limitar los derechos fundamentales no es ilimitada. El Congreso sólo puede restringirlos cuando estas restricciones se hacen en interés del bien común, es decir, cuando se pueden justificar con consideraciones razonables y objetivas del bien común (fin perseguido) y se compaginan con el principio de proporcionalidad. La limitación tiene que ser adecuada a la obtención del objetivo público perseguido. El medio tiene que resultar necesario o sea que no se hubiera podido elegir otro medio igualmente eficaz, pero que no afectara o lo hiciera en medida sensiblemente menor, el derecho fundamental.

Los derechos fundamentales exigen su máxima realización posible, o lo que es lo mismo, está prohibida su protección deficiente, de modo que en caso de conflicto entre principios se deben mirar la relación costo beneficios, pues si un derecho se realiza como un medio en un grado mayor que otro pero afecta con mayor intensidad otro derecho, puede no ser el adecuado; en cambio si otro medio que realiza menos un derecho afecta de una manera menor los bienes y derechos que juegan en sentido contrario, el más adecuado. Por ejemplo, si con el medio A, se realiza un derecho en un 95% pero afecta a otro derecho en un 90%, y el medio B realiza un derecho en un 85%, pero afecta al derecho que juega en un sentido contrario solo en un 10%, será preferible este último medio en vez del primero pues tiene una mejor relación costo beneficio.

Como se puede observar, esta técnica que, como toda técnica, es útil, no se puede recibir sin espíritu crítico, ya que encubre una serie de problemas que no podemos dejar pasar por alto y sobre los cuales queremos llamar la atención:

a. ¿Quién determina el fin perseguido?

c. Aceptando que el Estado tiene diversos fines ¿por qué se privilegia un fin frente a los otros?

d. ¿Qué sucede cuando un fin entra en conflicto con otro fin?

Idénticas preguntas debemos hacernos ante el concepto de bien común, que es el fin que justifica la restricción de un derecho fundamental. ¿Qué es el bien común? etc.

Similares cuestionamientos surgen ante el concepto de razonabilidad:

a. ¿Qué es la razonabilidad?;

b. ¿Quién determina lo razonable?;

c. ¿Cómo se resuelve el conflicto entre razones encontradas?;

d. ¿Qué es lo irrazonable?;

e. ¿Es lo razonable un concepto objetivo o un concepto subjetivo?;

f. ¿Es lo razonable un concepto válido en todo tiempo y lugar o es un concepto histórico con unas limitaciones temporales y espaciales?

Unos pocos ejemplos nos demuestran cómo lo razonable es un concepto histórico. Aristóteles, descubridor de la lógica, que no es más que las reglas del razonar correctamente, y que no puede ser acusado de irracional o de ser persona que no supiera razonar, consideraba razonable que unos hombres fuesen esclavos de otros hombres y que las mujeres fueran inferiores a los hombres.

La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró durante más de 150 años que era razonable que los negros estuviesen separados de los blancos y que existiese el apartheid en las escuelas; y aún después de reconocer la igualdad entre negros y blancos, se regía por el principio de "iguales, pero separados". Para la Corte Suprema era razonable al comienzo que negros y blancos no eran iguales y después cuando los consideró iguales, era razonable que los iguales estuviesen separados y sólo hasta el año 1954, en una célebre sentencia, dio la razón a la familia Brown, para que los iguales no estuviesen separados. Estos dos ejemplos muestran cómo el concepto de razonabilidad debe ser sometido a crítica constante.

Idénticos cuestionamientos podemos hacer respecto del concepto medio o de las características de éste como son la eficiencia o la necesidad. ¿Qué es lo eficiente o ineficiente? ¿Qué es lo necesario o no necesario? etc.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

1 Ver entre otras las sentencias C-173 y C-551 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis

2 Sentencia C-1404/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alvaro Tafur Galvis.

3 Sentencia C-198/97. M.P. Fabio Morón Díaz.

4 Sentencia C-364/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Subrayas fuera de texto.

5 Sentencia C-746/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell

6 Sentencia C-013 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo

7 Ver, entre otras, las sentencias . T-02 de 1992 y T-230 de 1994, entre muchas otras.

8 Dichos elementos fueron establecidos en la Sentencia C-530/1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero y reiterados en numerosas ocasiones. Sobre ese tema puede encontrarse un completo recuento en la sentencia C-093 de 2001 Ver así mismo, entre otras las Sentencias. Y C-031/03 A.V. Alfredo Beltrán Sierra

9 En múltiples oportunidades esta Corporación ha explicado que. “la aplicación de los “tests” de razonabilidad y proporcionalidad se efectúa en etapas consecutivas y ordenadas (...)El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior.” Ver Sentencia C-022/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz En el mismo sentido, ver sentencias T-230 de 1994, T-563 de 1994, C-337 de 1997,

T-454 de 1998, T-861 de 1999, C-445 de 1995, C-673 de 1999, entre muchas otras.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-221/92 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

11 Ver Sentencia C-1063/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

12 Ver Sentencia C-133/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

13 Sentencia C-551/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

14 CAPITULO IX.

DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPITULOS ANTERIORES

ARTICULO 267. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION. Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa:

2. Sobre bienes del Estado.

ARTICULO 268. CIRCUNSTANCIA DE ATENUACION PUNITIVA. Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.

ARTICULO 269. REPARACION. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado

15 TITULO XV.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

CAPITULO I.

DEL PECULADO

ARTICULO 397. PECULADO POR APROPIACION. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

ARTICULO 398. PECULADO POR USO. El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

ARTICULO 399. PECULADO POR APLICACION OFICIAL DIFERENTE. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los

servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

ARTICULO 400. PECULADO CULPOSO. El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.

ARTICULO 401. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA. Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá en la mitad.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena en una cuarta parte.

16 Las expresiones “cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes “ que hacían parte de dicho artículo fueron declaradas INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C760 de 2001 de 18 de julio de 2001, Magistrados Ponentes Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra y Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

17 El artículo 42 aludido precisa que La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación por este motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores. Para el efecto, la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo. Así mismo señala que la reparación integral se efectuará con base en el avalúo que de los

perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado.

18 Hurto (art.240), Hurto calificado (art. 241), alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (art. 243), extorsión (art 244), estafa (art. 246), emisión y transferencia ilegal de cheque (art. 248), abuso de confianza (art. 249), abuso de confianza calificado (art 250), abuso de condiciones de inferioridad (art.251), aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (art.252), alzamiento de bienes (art.253), sustracción de bien propio (art.254), disposición de bien propio gravado con prenda (art.255), defraudación de fluidos (art.256), del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones (art.257), utilización indebida de información privilegiada (art.258), malversación y dilapidación de bienes (art.259), gestión indebida de recursos sociales (art.260), usurpación de tierras (art.261), usurpación de aguas (art.262). invasión de tierras o edificaciones (art.263), perturbación de la posesión sobre inmueble (art.264) y daño en bien ajeno (art.265).

19 Ver, entre otras, la sentencia C-087/97 M.P. Fabio Morón Díaz