

Sentencia C-133/99

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

El principio de legalidad en materia penal está consagrado en el artículo 29 de la Constitución. Precepto que guarda íntima relación con lo dispuesto en los artículos 6 que consagra la responsabilidad de los particulares y de los servidores públicos por infringir la Constitución y la ley; y el 28 del mismo ordenamiento. De acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional sólo el legislador puede establecer hechos punibles y señalar las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellos. Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. Ley, que ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o “preexistente”. El principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas. Del principio de legalidad se deriva el de la tipicidad, al cual se ha referido la Corte en varios pronunciamientos. La ley debe describir con precisión razonable los elementos generales del delito, es decir, los distintos tipos penales con su consecuente sanción. La Constitución prohíbe la vaguedad o ambigüedad de las normas penales. No comparte la Corte el criterio del demandante, quien no impugna los preceptos que acusa por la falta de precisión en la descripción de los tipos penales a que cada uno de ellos se refiere, sino la imprecisión de las cláusulas: “siempre que el hecho no constituya otro delito” o “siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor”, desconociendo de esta manera algunas instituciones jurídicas que rigen el derecho penal.

TIPOS PENALES/CONCURSO/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Las disposiciones acusadas consagran precisamente un tipo subsidiario cuando prescriben: “siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor” y “siempre que el hecho no constituya otro delito”, puesto que se supedita la aplicación de los tipos penales que en ellos se consagra a que los hechos allí descritos no lo estén en otro tipo penal o no estén sancionados en otra disposición con pena mayor. Esto significa, como lo señala el

Fiscal General de la Nación (E) en su intervención, “que la conducta no será sancionada en principio por este tipo de carácter subsidiario en la medida en que pueda adecuarse a otro tipo en que se sancione con pena mayor”. La subsidiariedad “opera cuando el analista debe resolver concursos aparentes de tipos motivados por la existencia de figuras que describen diversos grados de lesión o afectación de los bienes jurídicos, yendo desde los más leves hasta los más graves, de tal manera que el supuesto de hecho subsidiario es interferido por el principal; por ello, la estructura lógica de la subsidiariedad no es la de subordinación sino la de interferencia”. Las expresiones acusadas no vulneran el principio de legalidad contenido en el artículo 29 del Estatuto Superior, puesto que lo que hacen es prevenir sobre el hecho de que dichos elementos pueden formar parte de un tipo más específico o al que se ha asociado una sanción más severa.

Referencia: Expediente D-2152

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad parcial contra los artículos 155, 177, 198, 277, 279, 288 y 289 del Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980)

Demandante: Fernando Artavia Lizarazo

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Fernando Artavia Lizarazo solicita a la Corte declarar la inexecutable parcial de los artículos 155, 177, 198, 277, 279, 288 y 289 del Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980), por infringir los artículos 29 y 13 de la Carta.

Cumplidos los trámites señalados en la Constitución y la ley y oído el concepto del jefe del Ministerio Público, procede la Corte a decidir.

II. NORMAS ACUSADAS

Las expresiones demandadas son las que aparecen subrayadas dentro del artículo al que pertenecen.

CODIGO PENAL

DECRETO-LEY 100 DE 1980

(....)

“Artículo 155. Utilización de asunto sometido a secreto o reserva. El empleado oficial que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones, y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años, multa [de diez a cincuenta salarios mínimos legales vigentes] e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo, siempre que el hecho no constituya otro delito.

(...)

“Artículo 177. (Modificado por la ley 365/97) Receptación. El que sin haber tomado parte en la ejecución de un delito adquiera, posea, convierta o transmita bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, siempre que el hecho no constituya otro delito de mayor gravedad.

Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, la pena privativa de la libertad se aumentará de una tercera parte a la mitad.”

(...)

“Artículo 198. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. El que emplee o lance contra otra persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierto al público, sustancia u objeto de los mencionados en el artículo precedente, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años, siempre que el hecho no constituya otro delito.

(...)

“Artículo 277. Constreñimiento para delinquir. El que constriña a otro a cometer un delito, siempre que el hecho no se haya previsto como delito sancionado con pena mayor, incurrirá en prisión de uno a tres años.

(...)

“Artículo 279. Tortura. El que someta a otra persona a tortura física o síquica, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

(...)

“Artículo 288. Violación ilícita de comunicaciones. El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena será de ocho (8) meses a tres (3) años de arresto si se tratare de comunicación oficial.

Si el autor del hecho revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de uno a tres años, si se tratare de comunicación privada, y de dos a cinco años si fuere oficial.”

(...)

“Artículo 289. Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.”

III. LA DEMANDA

El demandante al exponer el concepto de violación solamente se refiere al artículo 177 del Código Penal, pues considera que las razones que fundamentan su inconstitucionalidad son

predicables de las demás normas que impugna parcialmente. A continuación se resume lo pertinente:

1. La expresión acusada viola el principio de favorabilidad en materia penal, “al permitir que, el instructor y el sentenciador en su función de aplicar la ley, desconozca ese principio de favorabilidad, ya que le facilita aún estando en presencia de la comisión de la receptación aplique otro tipo penal de mayor gravedad y, que se dimensiona su gravedad en la dosificación punitiva.”

2. El principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, también resulta vulnerado “por cuanto está permitiendo que la conducta de la receptación no sea expresa, cierta, clara, nítida, inequívoca, exhaustiva y delimitada y, se hace implícita, incierta, ambigua, equívoca, extensiva o analógica. El tipo penal que describe un comportamiento debe ser claro y explícito para que, el administrado sepa conscientemente que, al cometer determinado comportamiento en forma consciente y voluntaria podría estar inmerso en un determinado comportamiento, pero la norma de la receptación en su literal acusado de inconstitucional no está prefijando las bases sólidas del tipo y, está permitiendo o facilitando al Administrador actuar contrariamente no sólo al principio de legalidad sino de favorabilidad y todo en desmedro del administrado.”

3. Igualmente, se afecta el principio de igualdad, “pues simuladamente permite como ha acontecido, que el administrador de justicia al hacer el proceso de adecuación típica, desconozca el principio de igualdad mediante la utilización indebida de la discriminación, y, la misma es discriminatoria, pues la ley debe y tiene que ser igual para todos.”

4. Por último, dice el actor que la frase acusada del artículo 177 es contraria a los principios de legalidad, de favorabilidad y de igualdad, al permitir que el administrador de justicia en su proceso de adecuación típica se “aparte del tipo de receptación y aplique el que caprichosamente le parezca que es, es decir, que está recurriéndose a la analogía y la ley penal, no puede aplicarse analógicamente.”

5. Adicionalmente, señala que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos también resultan lesionados por las expresiones que acusa, pero no expone ninguna razón que sustente esta afirmación.

IV. INTERVENCIONES

1. Fiscalía General de la Nación

- Las frases cuya inconstitucionalidad solicita el demandante pertenecen a un tipo penal subsidiario. “Un tipo es subsidiario respecto de otro cuando ambos describen grados diversos de lesión, en forma tal que una de ellas es más grave que la otra y cuando, además la menos grave entra en la composición de la otra como elemento constitutivo o circunstancia agravante”, lo cual no riñe con el principio de legalidad, “todo lo contrario, expresa y claramente le está indicando al intérprete de la norma la forma en que debe hacer la adecuación típica. Esto significa que la conducta no será sancionada en principio por este tipo de carácter subsidiario en la medida en que pueda adecuarse a otro tipo en que se sancione con pena mayor.”

- El principio de favorabilidad tampoco resulta vulnerado por los preceptos demandados, ni se está frente a la creación de un espacio para la aplicación arbitraria de normas penales: “En tratándose de un tipo penal subsidiario como este, no estamos en la hipótesis de una conducta frente a la cual se puedan aplicar dos normas en cuyo caso deberá acogerse la más favorable; sino frente a un juicio de adecuación típica en donde el intérprete no se pregunta cuál norma es más favorable, sino en cuál va a tipificar la conducta”. En la práctica, el principio de subsidiariedad exige que cuando se está frente a un tipo subsidiario y uno “básico o especial”, la aplicación del segundo excluye la del primero. “Cuando el legislador acude a esta figura lo que se propone es facilitarle la aplicación de la norma al funcionario judicial siendo en esta forma el procesado favorecido, al imputársele únicamente una conducta. Si en estos casos se aplicara el concurso de hechos punibles la sanción sería mayor lo que a la postre le resultaría siendo más desfavorable.”

- El artículo 177 del Código Penal al consagrar “‘siempre que el hecho no constituya otro delito de mayor gravedad’, lo que buscó fue facilitarle la labor interpretativa al aplicador de la norma para que distinguiera con claridad el concurso aparente del concurso real, evitando de esta manera que al procesado se le llegase a condenar por dos hechos punibles cuando en la realidad solo haya cometido uno (non bis in idem)”.

- En lo que respecta al principio de igualdad, “no le asiste razón al demandante al afirmar que el narcotraficante está en igualdad de condiciones a quien se enriquece ilícitamente, a

quien recepta o a quien es testaferro; se trata de situaciones que si bien pueden parecerse son diferentes por cuanto describen grados diversos de lesión, en forma tal que una de ellas es más grave que la otra y, además la menos grave entra en la composición de la otra como elemento constitutivo o circunstancia agravante.”

- En este orden de ideas, los apartes acusados de los artículos 155, 177, 198, 277, 279, 288 y 289 del Código Penal no violan la seguridad jurídica. “Habría inseguridad jurídica si frente a una misma conducta punible existieran interpretaciones diversas, lo cual no puede predicarse de la expresión demandada ya que como lo afirmamos anteriormente ésta le da la característica de tipo penal subsidiario, lo que condiciona su aplicación siempre y cuando la conducta no esté sancionada con pena mayor. No se trata de que el funcionario judicial encuadre caprichosamente la conducta en el tipo, lo que supondría una violación al debido proceso. Por el contrario esta adecuación dependerá del grado de lesión quedando la menos grave subsumida en la de mayor gravedad ya sean en sus elementos constitutivos o en sus circunstancias agravantes.”

2. Ministerio de Justicia y del Derecho

La apoderada del Ministro de Justicia y del Derecho interviene para solicitar la exequibilidad de los preceptos demandados.

En su concepto, las expresiones demandadas no violan los principios de legalidad y favorabilidad, pues cuando el Juez debe realizar la adecuación típica de una conducta, y se encuentra con la posibilidad de enmarcar el hecho estudiado en dos tipos penales, “es evidente que si un comportamiento se adecua más estrictamente a una determinación positiva, así exista otro dispositivo penal en el cual se ubique la conducta pero en forma más imperfecta, no se viola con ello el principio de legalidad. Por el contrario, se le da cabal aplicación, sin que pueda tampoco alegarse infracción al principio de favorabilidad, pues este opera fundamentalmente, para los casos de sucesión de normas en el tiempo o en los casos de duda (...) pero no en los eventos de normas simultáneas, cuando una de ellas posee mayor capacidad para aprehender y capturar en sus definiciones la conducta concreta que se juzga.”

De esta manera, aclara el interviniente, se logra proteger el principio de favorabilidad pues, al momento de la adecuación típica, si el intérprete encuentra que el procesado incurrió en

más de una conducta punible, podría definir un concurso de hechos punibles, que sí aumentaría considerablemente la responsabilidad del sindicado y, por tanto, la punibilidad de su conducta. “Antes que consagrar una ambigüedad a lo que apunta la norma es a buscar la certeza y claridad de las imputaciones en obediencia al principio de legalidad.”

V. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación pide a la Corte declarar la exequibilidad de los preceptos acusados, pues lejos de violar los principios de legalidad y favorabilidad, los respeta. Son estos los argumentos que expone para llegar a esa conclusión:

- “Las expresiones demandadas no contravienen lo dispuesto en la Constitución Política, ya que su inclusión en los correspondientes tipos penales contribuye a hacer efectivo el principio de legalidad, por cuanto los vocablos acusados no hacen parte de los elementos estructurales de los tipos a los cuales pertenecen, sino que permiten al operador jurídico adoptar decisiones tendientes a evitar que determinadas conductas susceptibles de sanción queden impunes”. También “se pretende impedir que el procesado resulte sometido a una doble incriminación que podría significar atentado al principio ‘non bis in idem’, pues mediante aquellas el funcionario judicial podría adecuar la conducta punible de manera más precisa.”

- “La inclusión de los vocablos acusados en la descripción de las conductas punibles mencionadas por el demandante, obedece a la necesidad de determinar aquellos hechos que por la complejidad de los comportamientos descritos, pueden encuadrarse en delitos de mayor entidad, sin que esta circunstancia implique violación al principio de favorabilidad, ya que la adecuación típica que adelanta el funcionario judicial supone la existencia del delito en el cual se funda el comportamiento que se imputa.”

VI . CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 241-5 de la Constitución, esta corporación es tribunal competente para resolver la presente demanda, por dirigirse contra disposiciones que pertenecen a un decreto ley, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de

facultades extraordinarias.

1. La acusación

Las normas demandadas después de consagrar los elementos que configuran cada uno de los tipos penales que en ellas se regula y de señalar la pena imponible en caso de infracción, establecen “siempre que el hecho no constituya otro delito” (arts. 155 y 198), y “siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor” (arts. 177, 277, 279, 288 y 289), expresiones que el actor considera inconstitucionales por violar los principios de legalidad y de favorabilidad al no describir la conducta en forma “expresa, cierta, clara, nítida, inequívoca, exhaustiva y delimitada”, permitiendo que el administrador de justicia “aplique caprichosamente la norma que le parezca.”

3. El principio de legalidad

El principio de legalidad en materia penal está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, así:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”

Precepto que guarda íntima relación con lo dispuesto en los artículos 6 que consagra la responsabilidad de los particulares y de los servidores públicos por infringir la Constitución y la ley; y el 28 del mismo ordenamiento, que prescribe: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido por la ley.”

De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15-1 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 9, aprobados mediante las leyes 74/68 y 16/72, respectivamente, consagran dicho principio en similares términos.

Veamos:

“Artículo 15-1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

“Artículo 9: Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

De acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional sólo el legislador puede establecer hechos punibles y señalar las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellos. Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. Ley, que ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o “preexistente.”

El artículo 1 del Código Penal incluye tal principio dentro de las normas rectoras del proceso penal, en estos términos: “Nadie podrá ser juzgado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella”. Y en el artículo 3 del mismo estatuto establece: “La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca.”

El principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas.

Del principio de legalidad se deriva el de la tipicidad, al cual se ha referido la Corte en varios pronunciamientos. Cabe destacar el siguiente:

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

“No obstante este principio general, el propio Código Penal ha consagrado tipos penales abiertos en los que no existe total precisión de las circunstancias en que la conducta debe realizarse (.....), en determinadas circunstancias el legislador no plasma en el tipo penal la descripción perfecta de la conducta por ser imposible y sin embargo históricamente se ha considerado que con ello no se vulnera el principio de tipicidad

“(...) la tipicidad “es la abstracción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque algunas veces aparecen en él referencias normativas subjetivas”¹; quiere decir lo anterior, que cuando el legislador redacta un tipo penal está obligado a definir de manera precisa el acto, el hecho o la omisión que constituye el delito, y que si no lo hace propicia un atentado contra la libertad individual, pues deja al arbitrio de la autoridad que deba aplicarlo la calificación de los actos, vulnerando la libertad y la seguridad individuales consagradas como derechos fundamentales en el ordenamiento superior.²

Así las cosas, la ley debe describir con precisión razonable los elementos generales del delito, es decir, los distintos tipos penales con su consecuente sanción. La Constitución prohíbe la vaguedad o ambigüedad de las normas penales.

Para efectos de la adecuación típica de la conducta el funcionario judicial debe verificar si el comportamiento humano encaja dentro de un tipo penal determinado. Esto es, hace descender el nivel de generalización en el que la ley formula los elementos positivos del tipo delictivo, al caso concreto, pero no puede aumentar esa generalidad del tipo ampliando su ámbito de aplicación. En otras palabras, el legislador describe en forma general la conducta que considera reprochable y señala la pena, y el funcionario competente constata si un

comportamiento individual y concreto se ajusta a una descripción penal.

Por consiguiente, no comparte la Corte el criterio del demandante, quien no impugna los preceptos que acusa por la falta de precisión en la descripción de los tipos penales a que cada uno de ellos se refiere, sino la imprecisión de las cláusulas: “siempre que el hecho no constituya otro delito” o “siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor”, desconociendo de esta manera algunas instituciones jurídicas que rigen el derecho penal, a las cuales se hará referencia en seguida en una forma breve y, tal vez, un poco didáctica para mostrar al actor que el cargo carece de fundamento.

Los tipos penales que son aquellos en los que se describen las conductas humanas objeto de punición, se conforman por varios elementos a saber: un sujeto activo que es quien ejecuta el hecho, un sujeto pasivo que corresponde al titular del bien jurídico que el legislador protege y que resulta afectado con la conducta del sujeto activo, una conducta, esto es, el comportamiento descrito generalmente identificado con un verbo rector y el bien jurídico tutelado, es decir, el interés que el Estado pretende proteger y que resulta vulnerado con la acción u omisión del sujeto activo.

De acuerdo con cada uno de esos elementos los tipos se clasifican en distintos grupos, por ejemplo: según su estructura son básicos, especiales, subordinados, elementales, compuestos, completos, incompletos, autónomos y en blanco. En relación con el sujeto activo pueden ser monosubjetivos, plurisubjetivos, de sujeto indeterminado o de sujeto cualificado. En cuanto al bien jurídico tutelado pueden ser simples, complejos, de lesión y de peligro. De acuerdo con su contenido existen tipos de mera conducta, de resultado, de conducta instantánea, de conducta permanente, de acción, de omisión, abiertos y cerrados.

El acto de juzgar que el juez penal cumple, implica la verificación –como atrás se dijo- de correspondencia entre la conducta descrita de modo genérico en la norma, y la que el imputado, en concreto, ha observado. Se dice que la adecuación es directa si la conducta encaja perfectamente dentro de un tipo penal determinado, o indirecta cuando se utilizan los denominados dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y coparticipación).

En ejercicio de la labor de adecuación típica el funcionario competente se puede encontrar ante múltiples y variadas situaciones, por ejemplo, una persona puede realizar una conducta que encaje dentro de dos o más tipos penales diversos, o realizar uno o varios

comportamientos que encuadran en varios tipos diferentes entre sí o varias veces en uno solo de ellos. Esto es, lo que la ciencia penal denomina “concurso” de hechos punibles.

El Código Penal en el artículo 26 lo consagra, así:

“Concurso de hechos punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición quedará sometido a la que establezca la pena más grave aumentada hasta en otro tanto.”

El concurso entonces, tiene operancia cuando una misma persona realiza una conducta penal que puede ubicarse en dos o más tipos penales, o un número plural de conductas que encajan en idéntico supuesto de hecho o en varios.

La doctrina reconoce tres clases de concurso, a saber:

Existe concurso ideal o formal “cuando un mismo comportamiento humano se subsume simultáneamente en dos o más tipos penales que no se excluyen entre sí”³. Es decir, que una misma persona con una sola acción u omisión comete varios delitos y para efectos de la valoración jurídica del hecho el funcionario judicial encuentra que existen dos o más disposiciones que no se excluyen entre sí, que toman en consideración algunos aspectos distintos de él, los que solo en su conjunto agotan el contenido antijurídico.

Hay concurso material “cuando una o varias acciones u omisiones realizadas por el mismo agente con finalidades diversas producen una pluralidad de violaciones jurídicas y, por lo mismo, encuadran en varios tipos penales, o varias veces en el mismo tipo”⁴. Una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes.

Un fenómeno diferente, aunque análogo, es el llamado concurso aparente de normas penales. Este tiene lugar cuando “una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez, no pudiendo aplicarlos

coetáneamente sin violar el principio del non bis in idem, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecua el comportamiento en estudio.” Hay quienes sostienen que este fenómeno se confunde con el concurso ideal; sin embargo, la diferencia estriba en que en el concurso aparente de normas una sola acción cometida por una misma persona parece adecuarse en dos o más tipos penales excluyentes, esto es, hay un único sujeto activo, unidad de acción y pluralidad de tipos. En el concurso ideal los tipos penales a los cuales se encuadra el comportamiento humano concurren y, por tanto, se aplican simultáneamente al caso. En el concurso ideal hay acumulación jurídica de penas, en el concurso aparente de normas se impone la pena prevista en el tipo que resulte aplicable.

Queda claro entonces, que el concurso de hechos punibles es diferente del concurso aparente de normas penales.

Dada la dificultad que se presenta cuando hay concurso aparente de normas penales para efectos de realizar una correcta adecuación típica de la conducta, la doctrina ha formulado algunos principios interpretativos que facilitan al administrador de justicia la forma como debe proceder. Estos son: el principio de especialidad, el de subsidiariedad, el de consunción y el de alternatividad.

El principio de especialidad se presenta “cuando un supuesto de hecho reproduce los elementos típicos de otros más general y caracteriza de manera más precisa al hecho o al autor añadiendo elementos adicionales.” Se dice que una norma penal es especial con respecto a otra general, cuando todos los requisitos de la norma general, todos los elementos en ella descritos para conformar el tipo de delito están contenidos en la primera, la que a la vez integra la estructura del tipo con uno o varios elementos más de los que se observan en la norma general. Tales elementos se llaman especificantes. En este caso se aplica el tipo especial y no el general, pues el especial excluye al fundamental.

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

El principio de subsidiariedad tiene operancia “cuando ambos describen grados diversos de lesión, en forma tal que una de ellas es más grave que la otra y cuando, además, la menos grave entra en la composición de la otra como elemento constitutivo o circunstancia

agravante.”⁵ La subsidiariedad es expresa cuando la propia ley se encarga de señalarla y tácita cuando el intérprete debe deducirla por no haberlo hecho la ley expresamente.

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

Pues bien: las disposiciones acusadas consagran precisamente un tipo subsidiario cuando prescriben: “siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor” y “siempre que el hecho no constituya otro delito”, puesto que se supedita la aplicación de los tipos penales que en ellos se consagra a que los hechos allí descritos no lo estén en otro tipo penal o no estén sancionados en otra disposición con pena mayor. Esto significa, como lo señala el Fiscal General de la Nación (E) en su intervención, “que la conducta no será sancionada en principio por este tipo de carácter subsidiario en la medida en que pueda adecuarse a otro tipo en que se sancione con pena mayor”.

La subsidiariedad “opera cuando el analista debe resolver concursos aparentes de tipos motivados por la existencia de figuras que describen diversos grados de lesión o afectación de los bienes jurídicos, yendo desde los más leves hasta los más graves, de tal manera que el supuesto de hecho subsidiario es interferido por el principal; por ello, la estructura lógica de la subsidiariedad no es la de subordinación sino la de interferencia”. La subsidiariedad, entonces, solamente tiene lugar cuando quede excluida la aplicación del hecho básico.

En razón de lo expuesto, las expresiones demandadas no violan el principio de legalidad pues ellas simplemente se constituyen en directrices para el administrador de justicia al indicarle la forma como debe proceder para hacer una correcta adecuación típica del comportamiento humano, en los casos en que existan varios tipos penales en los que podría encajar la conducta y ante la imposibilidad jurídica de adecuarla a todos simultáneamente. El funcionario competente deberá escoger siempre el tipo penal que recoge íntegramente y en forma más precisa el comportamiento respectivo de acuerdo con las pautas antes señaladas y excluir las demás.

La adecuación típica tiene tanta importancia y trascendencia en el proceso penal ya que de ella depende la punibilidad, la cual debe estar fijada clara y expresamente en la ley. Para efectos del señalamiento de la pena el legislador utiliza distintos métodos en caso de existir concurso, por ejemplo: sumar las penas sin límite de ninguna clase (acumulación material). Imponer la pena consagrada para el hecho más grave independientemente de la cantidad de hechos punibles cometidos (absorción). Fijar un límite máximo que no puede desbordarse y, en caso de que se exceda se ordena reducir las penas imponibles para cada hecho concreto en los términos señalados por el mismo ordenamiento, las cuales se suman al final (acumulación jurídica), etc.

Así las cosas, las expresiones acusadas no vulneran el principio de legalidad contenido en el artículo 29 del Estatuto Superior, puesto que lo que hacen es prevenir sobre el hecho de que dichos elementos pueden formar parte de un tipo más específico o al que se ha asociado una sanción más severa. Así por ejemplo: toda concusión implica un abuso de autoridad, pero cuando tal abuso consiste, específicamente, en constreñir o inducir a “alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite”, conducta específica que el legislador juzga más grave, no han de concurrir las dos infracciones, sino que sólo sanciona la concusión, pero con una pena más drástica que la prevista para el abuso de autoridad, genéricamente considerado.

Una y otra conducta están claramente tipificadas como delictivas, pero la segunda contiene elementos específicos que permiten distinguirla de la primera, sin que por ello quebrante el legislador el principio de legalidad del delito, consignado en el artículo 29 de la Constitución, puesto que la exigencia contenida en éste se satisface plenamente al estar ambos comportamientos (el genérico y el específico) descritos con claridad en las respectivas normas.

La ley es general, impersonal y abstracta y lo que exige la Constitución es que en ella se describan en forma clara y precisa los elementos generales de cada delito, señalando la pena y su medida para que el administrador de justicia pueda adecuar el comportamiento individual y concreto a uno de ellos. La precisión debe ser entonces razonable.

1. El principio de favorabilidad

El demandante también considera que las disposiciones objeto de impugnación, vulneran el principio de favorabilidad, lo cual no es cierto, veamos porqué.

Este principio lo consagró el constituyente en el inciso tercero del artículo 29 del Estatuto Máximo, en los siguientes términos:

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

Quiere ello decir que ante la existencia de una o varias disposiciones legales de carácter penal en las que se regulen asuntos que representen mayor beneficio para el infractor, éstas deberán aplicarse en forma preferente y prevalente, aunque sean posteriores al hecho imputado, siempre que su conducta no aparezca clara e inequívocamente encuadrada en una disposición que tipifica un delito sancionado con una pena más grave, pero perfectamente diferenciable, por su especificidad, de otro al que se ha asignado una sanción más benévola.

Es que en este caso el juez no está en frente de dos normas legales que lo obliguen a escoger la más favorable, sino en un proceso de adecuación típica para determinar en cuál tipo penal debe encajar la conducta o comportamiento respectivo.

Pero aún en gracia de discusión, que la Corte no admite, las expresiones acusadas, contrario a lo que piensa el actor, pueden resultar benéficas para el infractor de la ley penal, puesto que al aplicarlas solamente se le estaría imputando una conducta, porque como bien lo dice el Fiscal “si en estos casos se aplicara el concurso de hechos punibles la sanción sería mayor lo que a la postre le resultaría siendo más desfavorable.”

No hay pues vulneración del principio de favorabilidad ni de ninguna otra norma constitucional.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

R E S U E L V E :

Declarar EXEQUIBLES las expresiones acusadas de los artículos 155, 177, 198, 277, 279, 288 y 289 del Código Penal.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Magistrada (E)

PABLO ENRIQUE LEAL RUIZ

Secretario General (E)

1 Reyes Echandía, Alfonso, “Tipicidad”, Edit. Temis 1989

2 Sent. C-127/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero

3 Derecho Penal , parte general, Reyes Echandía Alfonso. 1984

4 ibidem

5 ibidem