Sentencia C-551/01

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de cargos

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de relación temática

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Objeto

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Razones por las cuales textos acusados se estiman violados

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Contenido explícito de normas

COSA JUZGADA FORMAL-Alcance/COSA JUZGADA MATERIAL-Alcance

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Actuación dentro del marco legal en genocidio

UNIDAD NORMATIVA-Integración

UNIDAD NORMATIVA-Procedencia excepcional

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-Integración

CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA LEGISLATIVA-Alcance/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Quántum de penas

TEST DE RAZONABILIDAD-Elementos

DELITO CONTINUADO O MASA-No discriminación entre civiles y militares

DELITO CONTINUADO EN JURISDICCION PENAL ORDINARIA Y MILITAR-No discriminación

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y PARTO O ABORTO PRETERINTENCIONAL-Distinción/HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y PARTO O ABORTO PRETERINTENCIONAL-Sanciones diversas

El punible del homicidio preterintencional y el denominado parto o aborto preterintencional son comportamientos delictivos distintos con elementos y bienes jurídicos vulnerados diferentes, lo que justifica que los puntos de referencia para la estructuración de los tipos penales respectivos y la delimitación de las sanciones aplicables sean diversos, sin que ello vulnere el principio de igualdad. Si bien en ambos eventos se produce un segundo resultado que va más allá de la intención del actor, en el homicidio tipificado en el artículo 105 la preterintención se refiere a un tratamiento privilegiado frente al delito base, es decir, el homicidio simple. Mientras que en el tipo del parto prematuro o aborto preterintencional, se produce un resultado agregado a la descripción típica básica (para este efecto las lesiones personales) que constituye una consecuencia del acto inicial, que merece mayor reproche penal por la gravedad del daño o peligro causado.

DELITO PRETERINTENCIONAL Y DELITO CALIFICADO POR RESULTADO-Delimitación

DELITO PRETERINTENCIONAL-No implica necesariamente disminución de pena

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.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y PARTO O ABORTO PRETERINTENCIONAL-Bien jurídico protegido

PECULADO-Atenuación punitiva

AGENTE RETENEDOR-Exoneración de responsabilidad penal por pago

PECULADO Y AGENTE RETENEDOR-Atenuación punitiva y exoneración de responsabilidad penal

DERECHO A LA IGUALDAD-Supuestos idénticos

AGENTE RETENEDOR EN PECULADO-Apropiación o uso de dineros/AGENTE RETENEDOR EN PECULADO-Atenuación punitiva

AGENTE RETENEDOR-Sanciones por omisión en consignación de dineros

AGENTE RETENEDOR-Oportunidad de cumplimiento de deber omitido

PECULADO Y AGENTE RETENEDOR-Trato diferente

OBEDIENCIA DEBIDA-No reconocimiento en genocidio, desaparición forzada y tortura

OBEDIENCIA DEBIDA-Requisitos para reconocimiento

OBEDIENCIA DEBIDA-Alcance como exclusión de responsabilidad

IMPUTACION-Significados

DERECHOS FUNDAMENTALES-Ampliación de protección/IMPUTACION EN PROCESO PENAL-Ampliación de protección de garantía constitucional

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Alcance

PROCESO PENAL-Pluralidad en varios Estados

DOBLE IMPUTACION-Límites a prohibición

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-No es absoluto

COSA JUZGADA PENAL-Excepciones

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Restricción sobre sentencias del exterior

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PENA-Incremento en proporción específica

PENA-Atenuación y agravación/PENA-Determinación judicial

Referencia: expediente D-3137

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 8º (parcial), 16 numeral 1º (parcial), 17 inciso 2º (parcial), 31 parágrafo (parcial), 32 numeral. 4º inciso 2º (parcial), 38 inciso 1º (parcial), 101 (parcial), 106, 118 (parcial) y 401 de la Ley 599 de 2000.

Actora: Marcela Adriana Rodríguez Gómez.

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo del año dos mil uno (2001).

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, la ciudadana Marcela Adriana Rodríguez Gómez demandó los artículos 8º (parcial), 16 numeral 1º (parcial), 17 inciso 2º (parcial), 31 parágrafo (parcial), 32 numeral. 4º inciso 2º (parcial), 38 inciso 1º (parcial), 101 (parcial), 106, 118 (parcial) y 401 de la Ley 599 de 2000. “por la cual se expide el código penal”.

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

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 44.097, del 24 de julio de 2000, y se subraya lo demandado:

“LEY 599 DE 2000

(junio 24)

por la cual se expide el código penal.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 8°. Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado,

salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.

Artículo 16. Extraterritorialidad. La ley penal colombiana se aplicará:

1. A la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y la seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social excepto la conducta definida en el Artículo 323 del presente Código, contra la administración pública, o falsifique moneda nacional, documento de crédito público, o estampilla oficial, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana.

(…)

Artículo 17. Sentencia extranjera. La sentencia absolutoria o condenatoria pronunciada en el extranjero tendrá valor de cosa juzgada para todos los efectos legales.

No tendrán el valor de cosa juzgada ante la ley colombiana las sentencias que se pronuncien en el extranjero respecto de los delitos señalados en los artículos 15 y 16, numerales 1 y 2.

(…)

Artículo 31. Concurso de conductas 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 según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

(…)

Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

(…)

4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

(…)

Artículo 38. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

(…)

Artículo 101. Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

(…)

Artículo 106. Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Artículo 118. Parto o aborto preterintencional. Si 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, las penas imponibles según los artículos precedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Artículo 401. Circunstancias de atenuación 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.”

III. LA DEMANDA

La accionante señala que las disposiciones demandadas de los artículos 8º parcial, num. 1º parcial del 16, inc. 2º parcial del 17, parágrafo parcial del 31, inc. 2º parcial del num. 4º del 32, inc. 1º parcial del 38, 101 parcial, 106, 118 parcial y 401 de la Ley 599 de 2000 vulneran los artículos 1º, 2º, 5º, 11, 13, 28, 29, 96, 107 y 243 de la Constitución Política, por lo que solicita se declare su inexequibilidad, con fundamento en las siguientes razones:

A juicio de la demandante con el término “imputar” utilizado en el artículo 8º de la Ley 599 de 2000 (prohibición de doble incriminación) se vulnera el artículo 29 de la Constitución Política (principio del debido proceso) que empleó en su inciso 4º el término “juzgado”.

Estima que las expresiones “salvo lo establecido en los instrumentos internacionales” del artículo 8º (doble incriminación), “aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la Ley colombiana” del numeral 1º del artículo 16 (extraterritorialidad) y la totalidad del inciso 2º del artículo 17 (sentencia extranjera) vulneran el principio del debido proceso (C.P., art. 29), toda vez que introducen limitaciones no contenidas en el texto constitucional.

Considera que la expresión “aumentada en una tercera parte” del parágrafo del artículo 31 (concurso de conductas punibles), quebranta el derecho a la igualdad (C.P., art. 13), ya que en el artículo 32 de la Ley 522 (delito continuado en la justicia penal militar) no se hace referencia al aumento de la tercera parte de la pena.

Manifiesta que el inciso 2º del numeral 4º del artículo 32 (ausencia de responsabilidad) contraría los artículos 1º y 2º constitucionales, pues hace una referencia “cerrada y taxativa” de los comportamientos que no reconocen la obediencia debida, sin tener en cuenta que hay muchos otros que quedaron por fuera, entre otros, la violencia sexual, la concusión, etc., que no pueden ser permitidos a los servidores públicos en un Estado social de derecho.

Señala que la expresión “residencia o morada” del inciso 1º del artículo 38 (prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión) vulnera el literal b) del numeral 1º del artículo 96 de la Constitución Política, según el cual, a su juicio, se entiende por domicilio el país y no la residencia del penado. Lo anterior ya que, conforme a la sentencia “496 del 3 de noviembre de 1994” de esta Corte, el principio de favorabilidad del inciso 3º del artículo 29 superior debe entenderse en el sentido en que, de existir varias interpretaciones sobre una norma, se aplique la más favorable al procesado.

Sostiene que la expresión “que actúe dentro del margen de la ley” del artículo 101 (genocidio) transgrede los siguientes artículos de la Constitución Política: el 5º porque permite el genocidio para quien actúe por fuera del margen de la ley; el 11 porque sólo garantiza el derecho a la vida de quienes actúen dentro del margen de la ley; el 13 “se quebranta cuando sólo se tipifica como genocidio político si se actua (sic) dentro del margen de la ley, lo que significa que por fuera de la ley, no hay Constitución que valga”; el 28 porque permite destruir a un grupo que actúe por fuera de la ley y el 107 porque limita la fundación, organización y desarrollo de partidos y movimientos políticos, pues si están al margen de la ley sus miembros pueden ser objeto de destrucción, sin consecuencia alguna.

Afirma que el artículo 106 (homicidio por piedad) infringe el inciso 1º del artículo 243 de la Carta Política en lo relativo a la cosa juzgada constitucional pues, no obstante que la decisión que adoptó esta Corporación en la sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997 había sido tomada en cuenta en el proyecto del código, según informa, desde la Gaceta del Congreso No. 280 del 20 de noviembre de 1998 no vuelve a aparecer, de manera que se produce una “Omisión Inconstitucional, la cual debe ser llenada por esta Corporación”.

Indica que el artículo 118 del Código Penal (parto o aborto preterintencional) viola el derecho a la igualdad (C.P., art. 13) porque establece que las penas imponibles para esa conducta se “aumentarán” de una tercera parte a la mitad, en tanto que para la acción descrita en el artículo 105 del mismo código (homicidio preterintencional) se dispone disminuir la pena. Agrega que la preterintención es entendida por la doctrina como un atenuante punitivo respecto del delito doloso y por lo tanto la expresión “aumentarán” del artículo 118 viola la norma constitucional citada, dado que la forma de culpabilidad de los dos artículos del código es similar.

En su criterio, el artículo 401 (circunstancias de atenuación punitiva en el delito de peculado) vulnera el principio de igualdad (C.P., art. 13) porque limita la atenuación punitiva a la rebaja de la pena proporcionalmente, si se dan las condiciones descritas en la norma, de modo que

jamás se exonerará de la pena, mientras que el parágrafo del artículo 402 del mismo código (omisión del agente retenedor o recaudador), establece que la persona (particular en ejercicio de funciones públicas) puede llegar a obtener la resolución inhibitoria, la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

El señor Fiscal General de la Nación intervino en el proceso de la referencia y, mediante escrito recibido el 13 de septiembre de 2000 en la Secretaría General, solicitó a la Corte que declarara ajustadas a la Constitución las normas objeto de estudio, con fundamento en las razones que a continuación se sintetizan.

Manifiesta, basado en la sentencia del 30 de abril de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la cual trae en cita, que la expresión demandada "salvo lo establecido en instrumentos internacionales" del artículo 8º no viola el principio del non bis in ídem. Considera que la circunstancia de que los términos "imputar" y "juzgar", utilizados en la norma demandada y en el artículo 29 superior, respectivamente, sean diferentes no constituye un argumento sólido para declarar la inexequibilidad del primer concepto, que desarrolla al segundo en la previsión de la garantía del citado principio, pues ambos implican iniciar, adelantar y finalizar un proceso con observancia de las garantías que la Constitución y las leyes imponen, de modo que la expresión demandada no desconoce el principio básico del debido proceso y menos el del non bis in ídem que hace parte de él.

Ahora bien, en cuanto a que la Constitución no trae limitaciones a la prohibición de la doble incriminación y la norma demandada sí, sostiene que lo que se pretende es que delitos como el genocidio, los de lesa humanidad y otros que trascienden las fronteras nacionales puedan ser juzgados por diferentes jurisdicciones, con base en normas de categoría, contenido y alcance distinto, lo que no vulnera el pluricitado principio del non bis in ídem, como afirma lo dijo la Corte en la sentencia antes citada y, por lo tanto, la norma se ajusta en su integridad a la Constitución.

Sobre los cargos contra los artículos 16 y 17 considera que no es procedente una nueva discusión respecto de su contenido porque esas normas fueron extraídas textualmente de los artículos 15 y 16 del Código Penal vigente, sobre los que ya existe un pronunciamiento de esta Corte, a cerca de su exequibilidad, en la sentencia C-264 de 1995, de la cual trae apartes.

Indica, de otro lado, que el parágrafo del artículo 32 no viola el principio de igualdad, ya que la propia Constitución, de conformidad con lo establecido en su artículo 221, establece una distinción entre los miembros de la fuerza pública y los civiles, dejándolos en diferentes planos de igualdad, lo que justifica que el tratamiento a unos y otros sea diferente, como en efecto sucede en cuanto a las autoridades que los juzgan y la normatividad aplicable.

Así, desde esa perspectiva, para el señor Fiscal carece de validez la comparación que hace la demandante entre el precepto acusado y el artículo 32 del Código Penal Militar, porque, aunque genéricamente ambas aluden a la figura del delito continuado, específicamente se

trata de eventos diferentes. Por lo tanto, solicita se declare su exequibilidad.

Manifiesta que no hay violación de los artículos 1º y 2º de la Carta con lo dispuesto en el inciso 2º del numeral 4º del artículo 32, toda vez que las figuras descritas en esta norma -genocidio, desaparición forzada y tortura- implican una respuesta estatal acorde con su naturaleza y gravedad, lo que justifica que el legislador de manera expresa consignara que para ellas no se estructura la obediencia debida y con ello se garantiza el Estado Social de derecho, entendido en los términos de la sentencia T-406 de 1992, ayudando a mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Agrega que la Corte Suprema de Justicia fijó un marco de entendimiento de la obediencia debida como causal de justificación, en la sentencia de la Sala de Casación Penal del 13 de junio de 1995, Rad. 9785, de donde se desprende que cuando una orden manifiestamente antijurídica es impartida por un funcionario a otro, éste debe abstenerse de cumplirla, so pena de responder disciplinaria y penalmente, independientemente de que se trate de las conductas antes descritas, por lo que el contexto de la interpretación que da la demandante a la norma es equivocado.

Sobre la expresión "residencia o morada" contemplada en el inciso 1º del artículo 38, señala que el artículo 96 superior se refiere a la nacionalidad colombiana y no al concepto de domicilio, por lo que en su criterio, no se plantea un problema de constitucionalidad sino de interpretación del texto acusado. Afirma que la norma demandada no sólo permite que la pena privativa de la libertad se cumpla en el lugar de residencia del sentenciado (residencia o morada), sino que cuando las circunstancias de preservación de sus derechos fundamentales, como la vida, lo exijan, el juez puede determinar otro sitio de reclusión, porque no está vedando ningún lugar del territorio nacional y, en consecuencia, los principios inherentes al debido proceso están a salvo.

Considera que el artículo 106 demandado no viola el inciso 1º del artículo 243 de la Constitución Política, sobre el principio de la cosa juzgada en relación con los fallos dictados por esta Corte en ejercicio de control constitucional, porque no hay omisión del legislador respecto a lo dispuesto en la sentencia C-239 de 1997, sobre el homicidio por piedad, ya que en el artículo 32 de la Ley 599 se establece las causales eximentes de responsabilidad penal, y entre ellas está establecida en el numeral 2º la de actuar con el consentimiento válidamente emitido por el titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo, de manera que la omisión atribuida al legislador en la redacción del artículo 106 es inexistente.

Para el señor Fiscal, además, esa causal puede estructurarse también para otros delitos diferentes al demandado, siempre que se reúnan los requisitos establecidos para su reconocimiento procesal.

Respecto al delito de genocidio, fija un marco conceptual sobre el mismo a través del señalamiento de sus antecedentes históricos y la exposición de motivos del Código Penal que próximamente entrará a regir (Ley 599 de 2000), así como de los instrumentos internacionales relacionados con el tema.

A continuación, indica que la expresión acusada del artículo 101 de la Ley 599 de 2000 no viola los artículos 5º, 11, y 28 de la Constitución Política, pues es erróneo aseverar que con

ella se está dando vía libre para la destrucción de un grupo de personas, para que se quite la vida a sus miembros o se desconozca su derecho a la libertad, por el hecho de pertenecer a grupos que actúan al margen de la ley. A su juicio, los grupos nacionales, étnicos, raciales o políticos tienen fundamento y protección constitucional (arts. 16, 18, 19, 107 y concordantes), de manera que la norma demanda reafirma y tutela los derechos fundamentales de las personas, toda vez que establece una más alta penalización y es una norma persuasiva y preventiva, que sanciona severamente a quien vulnera el objeto jurídico que protege, y tiene reconocimiento también en disposiciones de derecho internacional desde 1948 con la aprobación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Así mismo, sostiene que no se vulnera el derecho a la igualdad (C.P., Art. 13), pues no se encuentran en la misma situación los grupos conformados y respaldados a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales, que persiguen la defensa de su identidad física y cultural, que aquellos que se forman fuera o al margen de ella, cuya finalidad es desconocer la ley. De ahí que la protección del Estado para ambos grupos sea diferente, así como la sanción para quienes intenten destruir a unos u otros, esto es, se configura el delito de genocidio cuando las conductas sean cometidas contra las comunidades protegidas y fundadas en la Constitución y la ley, y se tratará de otro delito cuando sea contra grupos al margen de la ley.

Igualmente, considera que el artículo 118 no viola el principio de igualdad pues situaciones diferentes exigen un tratamiento también diferente. Este es el caso de las normas que la demandante compara: el homicidio preterintencional del artículo 105 en el que se protege el derecho a la vida, y el parto o aborto preterintencional del 118, demandado, en que se tutela tanto el derecho a la vida y la integridad personal de la mujer en estado de embarazo como la vida y la integridad del que está por nacer, protegido desde el mismo momento de la concepción, tanto en el ámbito nacional (C.P., art. 11) como en el internacional mediante los instrumentos internacionales. La conducta descrita en el artículo demandado tiene una connotación más grave que la del 105 porque, aunque la forma de culpabilidad (preterintención) sea la misma para ambas, la respuesta de la ley penal es proporcionalmente diferente, en aras del principio de igualdad, tal como sucede al aumentar la pena del artículo 118.

Para finalizar, en lo relativo al artículo 401 sostiene que la demandante recurre nuevamente a la comparación con otra norma, el artículo 402 del mismo código, comprendiendo las dos conductas como referentes al peculado, lo que es equívoco, pues aunque ambas protegen la administración pública. Para el señor Fiscal es más grave la conducta realizada por el funcionario público respecto al peculado, aunque, aclara, que si el particular que retiene sumas las apropia o usa, comete peculado y no la conducta del 402, de retención, de manera que si las devuelve, atenúa la pena y no motiva la finalización de proceso (Sentencia C-285 de 1996). En ese contexto no se desconoce el principio de igualdad.

2. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

El interviniente manifiesta que la frase “salvo lo establecido en los instrumentos internacionales” del artículo 8º es abiertamente inconstitucional toda vez que “existe el

peligro de establecer un tipo de régimen jurídico especial que dislocando la regla universal o ecuménica del non bis in ídem atente contra la seguridad de los ciudadanos y la libertad de los individuos. Los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Congreso no pueden juzgar ni sancionar un delito por el cual la persona ha sido ya condenada o absuelta por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el ordenamiento procesal de cada país. Ningún instrumento internacional ni ningún fundamento de política exterior pueden tener la fuerza jurídica suficiente para vulnerar la prohibición del non bis in ídem –por la imposibilidad del doble juzgamiento. La inmutabilidad y la irrevocabilidad que nacen de la sentencia actúan definitivamente por la autoridad de cosa juzgada." Por lo tanto el cargo debe prosperar. –negrilla original-

Señala que los cargos presentados contra el numeral 1º del artículo 16 y el inciso 2º del 17 no son claros ni cuentan con una motivación que permita analizar en qué forma se vulneraron los preceptos constitucionales, pues la demandante no cumplió con los requisitos de forma y contenido de la demanda, Decreto 2067 de 1991, art. 2º, inciso 3º, y por lo tanto debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 6º ibídem.

Indica respecto de la acusación contra el parágrafo del artículo 31, que el legislador es libre de describir conductas en orden a alcanzar la finalidad protectora que persigue el derecho penal en cuanto a los intereses jurídicamente protegidos, sancionando las acciones socialmente "disvaliosas" de los individuos, que imponen la aplicación del principio de la necesidad de la pena, y el subprincipio de la proporcionalidad de las penas, esto es, un juicio de adecuada ponderación y equilibrio ante la gravedad de la pena y el interés jurídico que protege la figura delictiva. De ahí que tratándose de los delitos continuado y masa, el legislador incremente la sanción por tratarse de conductas especiales que por su mayor espectro delictivo y notoria gravedad inciden sobre lo injusto del hecho, de modo que la inconstitucionalidad que se alega "es inane".

Sobre el cargo por violación a la Carta con el inciso 2º del numeral 4º del artículo 32, afirma que la obediencia debida no puede encerrarse dentro de límites descriptivos, normativos, subjetivos de unos cuantos delitos, por lo que considera que no es razonable que el contorno de sus alcances se agote en fórmulas cerradas y casuísticas, pues su comprensión corresponde a todos los delitos. Así pues, no es comprensible que el legislador limite el contenido material de la eximente de responsabilidad establecida en el numeral 4º del artículo 32, por lo que el inciso atacado es inconstitucional por violar los principios y valores superiores sobre los que se edifican los fines esenciales del Estado (C.P., art. 2º).

En cuanto al inciso 1º del artículo 38, sostiene que se trata de una verdadera conquista del sistema penal por la adopción de un criterio político-criminal de sanas y fecundas proyecciones. Indica que no debe confundirse el principio de la nacionalidad colombiana (C.P., art. 96, numeral 1º, literal b)), citado por la demandante como violado, con la ejecución de la pena privativa de la libertad y el lugar donde debe cumplirse la sanción. A su juicio, la demanda en este punto es un "armazón ilógica del asunto", difícil de comprender y discernir, por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

Informa que no examina el cargo contra el artículo 106 porque no pudo acceder a la opinión presentada por el señor Fiscal General de la Nación al respecto, así como por falta de

conocimiento sobre el contenido de la Gaceta del Congreso de la República relativa a ese punto. Agrega que "[l]a tiranía del tiempo lo explica todo."

Considera que el aparte acusado del artículo 101 es inconstitucional, toda vez que agravia el derecho a la vida (C.P. art. 11) y el postulado de la no discriminación (art. 13 ibídem), pues todos los colombianos son iguales ante la ley, en términos de una igualdad real y efectiva que permite recibir el mismo trato y protección de las autoridades, sin discriminaciones, en tanto que el precepto acusado no refleja el mismo trato para quienes actúan dentro de la ley que para quienes lo hacen al margen de ella.

Estima que la demandante se confundió al formular el cargo contra el artículo 118 de la Ley 599, pues una cosa es el aborto preterintencional y otra el homicidio preterintencional y, por el hecho de que ambas conductas se describan bajo la misma forma de culpabilidad o se engloben bajo un mismo interés jurídico protegido, no es obligatorio sancionarlos con la misma pena, pues el legislador ha ponderado especialmente la gravedad de ambas conductas y sus consecuencias jurídicas, lo que explica la diferencia de las penas en concreto.

Respecto a la acusación contra el artículo 401 del Código Penal manifiesta que se trata de un hecho punible diferente y excluyente del tipificado en el artículo 402 del mismo código con el que lo compara y, por lo tanto, no es extraño que el legislador consagre diferencias cuantitativas y cualitativas respecto al estímulo de ambas conductas, que no supone para el caso del artículo 401 una disminución de la culpabilidad, de modo que no se viola el principio de igualdad ni algún otro de la Constitución Política.

La interviniente señala, en primer término, que el fundamento que invoca la demandante para instaurar la acción de inconstitucionalidad debe ser el artículo 242 numeral 1º y no el 241 numeral 4º de la Constitución Política y, en segundo término, expone las siguientes razones que sustentan su posición frente al proceso de la referencia.

Manifiesta, con apoyo en la sentencia T-575 de 1993 de esta Corporación, que la referencia a la prohibición de doble incriminación del artículo 8º demandado es una consecuencia clara del principio del non bis in ídem y, por lo tanto, no violenta el debido proceso, al contrario, lo garantiza. No entiende cómo puede ser inconstitucional la prohibición de "imputar", que es atribuir responsabilidad más de una vez por la misma conducta punible, y que constitucional e internacionalmente está prohibido, por lo que esa palabra resulta ajustada a la Constitución. Así mismo, respecto de la excepción contenida en el mismo artículo, dice que el principio de la cosa juzgada surge de una decisión judicial en firme, que trae como consecuencia la aplicación del principio de non bis in ídem, sobre el que se ha pronunciado la Corte en las sentencias C-189 de 1998, T-575 de 1993 y T-652 de 1996, con una especial aplicación en el ámbito de la extraterritorialidad de la ley penal, los tratados y convenios internacionales que erigen principios de soberanía y reciprocidad, en virtud de los que se debe respetar los procedimientos y sentencias de país extranjero, como reconocimiento al valor de la cosa juzgada, pero que también aceptan excepciones a esa situación y, por lo tanto, la legislación interna penal no puede excepcionar frente a la consagración constitucional y a la ratificación de los tratados internacionales, de modo que la expresión demandada no es inconstitucional sino congruente con el régimen de excepciones en este

campo.

Sobre el artículo 16, numeral 1º indica que esta norma se reprodujo literalmente igual a la contenida en el artículo 15 del Decreto 100 de 1980, que fue estudiada por la Corte y que se declaró constitucional, en razón y de conformidad con el sistema de defensa que protege los bienes e intereses políticos o económicos del Estado colombiano. Igualmente, la norma prevista en el artículo 17 demandado, contenida en el artículo 16 del Decreto 100 de 1980, responde a los mismos criterios y, por lo tanto, no viola la Constitución Política, pues se trata, en esencia, de un reconocimiento de cosa juzgada formal frente a consideraciones de política criminal, que busca preservar la soberanía del Estado en los casos en que se vulneren bienes que atacan directamente al Estado. Son entonces excepciones a la cosa juzgada.

Respecto al parágrafo del artículo 31 enjuiciado sostiene que, aunque todo el artículo puede recibir serios reproches de constitucionalidad, se limita al cargo de la demanda, que a su juicio no puede prosperar, pues el legislador es autónomo frente a la determinación de la sanción, amén de que en el presente caso no se vulnera el principio de igualdad.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el inciso 2º del numeral 4º del artículo 32 demandado, señala que el legislador al incluir expresamente las conductas que no admiten la justificación de la obediencia debida trata de concretar la causal y de determinar que no existe la posibilidad de justificar algún comportamiento que atente contra esos bienes, por lo que, a su juicio, no es necesario incluir más conductas y por ello no se viola lo previsto en los artículos 1º y 2º de la Constitución Política, ya que se trata es de establecer los parámetros generales de mandatos de permisión y no de una inclusión taxativa de los comportamientos que generen un reproche penal y que, en consecuencia, la norma no es inconstitucional.

Considera que la acusación al inciso 1º del artículo 38 de violar el literal b del numeral 1º del artículo 96 superior no es comprensible porque éste no hace relación a modificación alguna, sino que simplemente el legislador ha considerado que es posible la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en determinado sitio, lo que en nada vulnera la Constitución Política, y mucho menos frente a la norma que se invoca como violada.

En lo que hace al cargo por omisión en el artículo 106, del homicidio por piedad, estima que no se puede confundir la tipificación del delito con la existencia del consentimiento del sujeto pasivo, sobre el que se pronunció la Corte en sentencia C-239 de 1997, ya que esa causal fue estipulada en el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 599 de 200 “y conlleva las consecuencias de la ausencia de responsabilidad”. En su sentir, no puede demandarse el artículo 106 porque el legislador es autónomo para determinar las conductas punibles que considere que atentan gravemente contra los bienes jurídicos en el Estado social y democrático de derecho, de manera que la no inclusión de lo que dijo la Corte no invalida la cosa juzgada de las sentencias de constitucionalidad ni genera una omisión.

En cuanto al aparte demandado del artículo 101, respecto al genocidio, considera que no se trata de que se autorice el extermino de los grupos que actúen fuera del marco de la ley, no es que se permita atentar contra su vida, pues para ese caso existen normas penales particulares, diferentes al genocidio, que protegen los bienes jurídicos de esas personas, como lo es el homicidio, por lo que no es inconstitucional esa disposición.

En relación con la expresión enjuiciada del artículo 118 sostiene que el legislador es autónomo, dentro de criterios de prevención, para considerar el quantum punitivo, tal como afirma lo ha dicho la Corte en diversas oportunidades, por lo que el principio de igualdad se encuentra vulnerado y, en consecuencia, la norma es constitucional.

Igualmente, respecto al artículo 401 demandado, afirma que el legislador es autónomo y frente a los delitos puede conceder en particular consecuencias procesales diversas sin violentar el principio de igualdad, pues no se puede considerar que por existir beneficios procesales para algunos delitos y para otros no, se viole dicho principio.

V. CONCEPTO DEL VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACION (E)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante Auto del 19 de octubre de 2000, aceptó el impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación, mediante escrito recibido en la Secretaría General el 10 de octubre de 2000, para intervenir en el proceso de la referencia y, en consecuencia, ordenó darle traslado al Viceprocurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor.

Por tal razón, el Viceprocurador General de la Nación (E), mediante concepto No. 2406, recibido en la Secretaría de la Corte Constitucional el 15 de enero de 2001, presenta escrito frente al proceso de la referencia en los términos que a continuación se sintetizan.

En relación con el artículo 8º sostuvo que la expresión “imputar” antes que restringir el ámbito de aplicación del principio del non bis in ídem lo consagra con una visión garantista, en las dos etapas de proceso, investigación y juicio, pues prohibe investigar y juzgar al mismo procesado por los mismos hechos, y la expresión “salvo lo establecido en instrumentos internacionales” tampoco vulnera ese principio constitucional porque lo que hace es establecer una excepción, mediante el establecimiento de inmunidades, a favor de la soberanía judicial y la prevalencia del derecho interno, manteniendo el derecho a juzgar y sancionar determinadas conductas aunque hayan sido cometidas en el extranjero. Afirma, que su interpretación resulta conforme con la jurisprudencia de la Corte, en sentencia C-264 de 1995, de la cual trae apartes. Los mismos argumentos presentó respecto del artículo 17 acusado y agregó que el legislador armonizó las garantías de cosa juzgada y non bis in ídem con el principio fundante de la soberanía del Estado.

Manifestó que iguales razones sirven para desvirtuar los cargos formulados contra el numeral 1º del artículo 16 el inciso 2º del artículo 17, cuyo texto coincide con el del numeral 1º del artículo 15 y el artículo 16 del Decreto 100 de 1980, sobre los que, afirmó, la Corte declaró su exequibilidad, al considerarlos “excepciones constitucionalmente válidas al principio de la cosa juzgada” entre otras razones, porque los delitos allí enunciados constituyen atentados contra la soberanía económica, política y jurídica, que, a su juicio, indiscutiblemente deben ser sancionadas por las autoridades judiciales colombianas.

Por ello, concluyó que negar el valor de cosa juzgada a la sentencia extranjera en el evento del numeral 2º del artículo 16, constituye una excepción que tiene fundamento en la especial relación que existe entre el Estado y la persona que, representándolo y gozando de inmunidad reconocida por el derecho internacional, comete un delito en el extranjero, pues ello impide válidamente la investigación y juzgamiento por autoridad de país extranjero.

En ese orden de ideas, solicita le declaratoria de exequibilidad de los artículos 8º, 16 num. 1º y 17 inciso 2º de la Ley 599 de 2000.

Respecto al artículo 31 demandado señala que al compararse con lo establecido en los artículos pertinentes de la Ley 522 de 1999 podría considerarse que hay un tratamiento punitivo diferente y más benévolo en la penalización de los delitos masa y continuados cometidos por miembros de la fuerza pública. Sin embargo no es así, ya que los artículos 32 y 33 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), donde se define el delito continuado y se fija el tope máximo de la pena imponible en caso de los concursos, se han modificado con el artículo 31 demandado que establece de manera específica la pena imponible para delitos continuados o delitos masa, de manera que, una vez entre a regir el nuevo código, el parágrafo acusado será el parámetro de tasación punitiva de esos delitos tanto para el personal castrense como para los civiles. Aquí aclara que la tasación que se estableció en el Código Penal Militar comparte la naturaleza general de los preceptos del ordenamiento penal ordinario, y no responde a una consideración por la función que desempeñan sus destinatarios, por eso debe entenderse que fue modificada por ley posterior, es decir, por la Ley 599 de 2000. Lo anterior, además de que el parágrafo acusado respeta el principio de proporcionalidad, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 599, dentro del margen que puede moverse el funcionario judicial.

Sobre le inciso 2º del numeral 4º del artículo 32, de la obediencia debida como excluyente de responsabilidad, considera que no se viola lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Carta Política, por los que se adopta un modelo de Estado social de derecho, pues la demandante interpreta erróneamente la norma, ya que ella no dice que se podrá reconocer la obediencia debido “solo” en los casos allí establecidos. Para la vista fiscal no se trata en este caso de establecer una enunciación taxativa, sino que el legislador trató de ser coherente con el inciso 1º del artículo 91 superior, así como con diversos instrumentos internacionales que traen esa disposición. Por eso sostiene que la interpretación sistemática del ordenamiento penal y procesal penal permite afirmar que no se podrá declarar la ausencia de responsabilidad por obediencia debida, sin importar el delito de que se trate, si no se reúnen los requisitos para reconocerla, y que dependen del inciso 1º del numeral 4º del artículo 32, esto es, que se obre en cumplimiento de orden legítima, lo que implica que no sea antijurídica, que sea emitida por autoridad competente y con las formalidades legales.

En cuanto al cargo por violación del literal b) del numeral 1º del artículo 96 superior con la expresión demandada del artículo 38 solicita que la Corte se declare inhibida para estudiarlo por ineptitud sustantiva de la demanda por ausencia de cargos en forma concreta, coherente y razonable, pues no hay relación temática entre la norma acusada que permite el lugar de ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia o morada del sentenciado y la norma constitucional que se refiere a la nacionalidad colombiana (C.P., art. 96), tal como sucedió en la sentencia C-519 de 1998.

No obstante lo anterior, considerando que el concepto de domicilio no es unívoco, fija su concepto, dependiendo de la materia que se examina y que es la limitación de derechos fundamentales, y lo circunscribe al que se desprende de los artículos 28 y 32 de la Constitución Política que regulan instituciones de derecho penal, que restringen el derecho a la libertad. Y agrega que la Corte Constitucional se pronunció sobre este concepto en la

sentencia C-041 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. También cita y transcribe apartes de la sentencia de una Corte Suprema de Justicia del 21 de febrero de 1994, M.P. Gustavo Gómez Velásquez, sobre las diferentes acepciones del término domicilio y la potestad del legislador para determinar su alcance ante supuestos jurídicos concretos.

Sobre el aparte demandado del artículo 101, del genocidio, estima que es inconstitucional porque viola el derecho a la vida (C.P., art. 11) y relativiza el deber de protección que merece por parte del Estado, al punto que es prohibida la pena de muerte (art. 12 ibídem), pues el derecho a la vida goza de una inviolabilidad absoluta, de conformidad con numerosos instrumentos internacionales, especialmente la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, suscrita en 9 de diciembre de 1948, a la que adhirió Colombia mediante la Ley 28 del 27 de mayo de 1959, que con las normas constitucionales conforman bloque de constitucionalidad al que deben sujetarse las normas internas relacionadas con ese delito, por mandato del artículo 93 superior. También se viola el derecho a la igualdad pues éste no admite distinciones respecto del objeto de protección por parte del Estado.

En cuanto al cargo formulado contra el artículo 106, homicidio por piedad, por violar el inciso 1º del artículo 243 de la Constitución, al ignorar el contenido de la sentencia C-239 de 1997 de esta Corte, señala que la forma como se ha establecido el homicidio por piedad en la ley 599 no es inexequible, pues su texto es idéntico al establecido en el artículo 326 del Decreto 100 de 1980, que fue declarado exequible en esa sentencia “con la advertencia que en el caso de enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”, de modo que solicita estarse a lo resuelto en dicha sentencia por existir cosa juzgada material. Además, sostiene que el legislador perdió la oportunidad de regular específicamente la figura del consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, sujeto pasivo, pues omitió señalar las condiciones o requisitos necesarios para calificar como válido el consentimiento, siendo sin embargo improcedente subsanar por vía de control constitucional, esta circunstancia.

En relación con el cargo por violación al principio de igualdad por la expresión acusada del artículo 118 de la Ley 599, afirma que el legislador tiene libertad para configurar como tipos penales aquellas conductas que por el daño social que producen estima merecen reproche penal, como respuesta a un proceso político criminal en que se considera tanto el respeto por las garantías constitucionales, como por atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, la interpretación que hace la demandante en cuanto a que las conductas de los artículos 118 demandado, y el 105 deben merecer el mismo tratamiento punitivo por tratarse de conductas atribuibles a título de preterintención, es decir como formas atenuadas, es errónea, toda vez que i.) se trata de comportamientos delictivos con elementos jurídicos y bienes jurídicos vulnerados diferentes, ii.) el tipo de homicidio consagrado en el artículo 105 se ha establecido como preteritencional, no así el parto prematuro o aborto del artículo 118, en el que el segundo resultado no constituye el comportamiento que representa la conducta punible sino que se trata de un delito de consecuencia calificada por el resultado, donde se da ese resultado agregado a la descripción típica básica, que merece mayor reproche por el daño causado.

Por eso el homicidio preteritencional constituye un atenuante punitivo respecto del homicidio

doloso. De ahí que el parto prematuro o aborto seguido de lesiones merezca un mayor reproche respecto de las penas fijadas para las lesiones personales y se comporte como una agravante de ellas, además, por cuanto se afectan más bienes jurídicos protegidos, la vida e integridad de la mujer y la de su hijo, que puede resultar lesionado o muerto. Así pues solicita se declare la exequibilidad de la norma.

Sobre el artículo 401 demandado, relativo a las atenuantes del peculado, considera justificada la diferenciación que se hace en su tratamiento punitivo respecto al establecido para la conducta descrita en el artículo 402, sobre la retención, ya que el primero es cometido por servidores públicos de quienes se reprocha más drásticamente sus conductas y merece un trato más severo, que de los particulares que cometan el segundo y que se estructura por una "mora" en la consignación de las sumas retenidas, no por producir su pérdida (sentencia C-285 de 1996). Sin embargo, estima que hay defectos en la redacción del inciso final del artículo estudiado, por lo que solicita se declare su exequibilidad bajo el entendido que en virtud de dicha norma el funcionario judicial podrá determinar la pena imponible dentro de los límites mínimo y máximo fijados para el delito disminuidos en una cuarta parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 599 de 2000.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, por tratarse de una ley expedida por el Congreso de la República.

2. Materia objeto de examen

La demandante solicita la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 8º (parcial), num. 1º (parcial) del artículo 16, inc. 2º (parcial) del artículo17, por violación del artículo 29 constitucional y en particular del principio de non bis in idem; del parágrafo (parcial) del artículo 31 y de los artículos 118 (parcial) y 401 de la Ley 599 de 2000 por vulnerar el principio de igualdad (art. 13 C.P.); del inciso 2º (parcial) del numeral 4º del artículo 32 de la ley 599 de 2000 por violación de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho (arts. 1 y 2 C.P.); del inciso 1º (parcial) del artículo 38 por violación del principio de favorabilidad en la interpretación de la noción de domicilio (arts. 29 y 96 C.P.); del artículo 101 de la ley 599 de 2000 por violación de los artículos 5, 11, 13, 28 y 107 de la Carta Política; y finalmente del artículo 106 de la ley 599 de 2000 por desconocer la cosa juzgada constitucional (art.243 C.P.)

1. Consideraciones previas

La Corte entra en consecuencia en el análisis de dichos cargos agrupándolos en consideración a los preceptos constitucionales invocados, luego de algunas consideraciones previas que se hacen necesarias, en relación con la declaratoria de inhibición para decidir de

fondo en algunos casos solicitados por los intervinientes o identificados por la Corte, la cosa juzgada constitucional que se configura en relación con algunas normas atacadas, así como con la conformación de unidad normativa de dos de las disposiciones demandadas.

3.1. Inhibición

Algunos de los intervinientes en este proceso solicitan a la Corte que se declare inhibida para decidir de fondo en cuanto se refiere al numeral 1º del artículo 16 y al inciso 2º del artículo 17, así como a las expresiones residencia o morada contenidas en el inciso 1º del artículo 38. Por su parte, la Corte, en relación con los argumentos planteados por la demandante contra el artículo 106 de la Ley 599 de 2000 constata, dentro del marco del análisis que corresponde a esta etapa procesal, la ausencia de un verdadero cargo que permita desarrollar el juicio de constitucionalidad.

En consecuencia, esta Corporación entrará en el análisis de las solicitudes referidas y se declarará inhibida para conocer de fondo en lo pertinente, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

3.1.1. Rechazo de la solicitud de inhibición en relación con el numeral 1º del artículo 16 y el inciso 2º del artículo 17 de la Ley 599 de 2000

Para el representante de la Academia de Jurisprudencia, en relación con el numeral 1º del artículo 16 y el inciso 2º del artículo 17, los argumentos de la demandante no son claros ni cuentan con una motivación que permita analizar en qué forma se vulneraron los preceptos constitucionales, pues la accionante no cumplió con los requisitos de forma y contenido de la demanda, establecidos en el Decreto 2067 de 1991, art. 2º, inciso 3º, y por lo tanto debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 6º ibídem.

La Corte no comparte esta apreciación. La demandante si bien invoca los mismos argumentos respecto de los dos apartes normativos en mención, plantea concretamente la posible violación del artículo 29 de la Carta, por establecerse en las dos normas atacadas una "limitante" a la prohibición de ser juzgado dos veces por los mismos hechos, contenida en la disposición constitucional. Por ello esta Corporación procederá a efectuar el análisis respectivo y no atenderá la solicitud anotada.

3.1.2. Inhibición para decidir de fondo en relación con la solicitud de declaratoria de inexequibilidad de las expresiones residencia o morada contenidas en el inciso 1º del artículo 38 de la Ley 599 de 2000

Tanto el señor Procurador como los demás intervinientes coinciden en afirmar, frente a los argumentos expuestos por la demandante en relación con la solicitud de declaratoria de inexequibilidad de las expresiones residencia o morada contenidas en el inciso 1º del artículo 38, que hay una "armazón ilógica del asunto", su carácter es "incomprensible", y se da una ausencia de "problema constitucional".

Al respecto esta Corporación señala que dentro del marco propio del análisis inicial en el juicio de constitucionalidad, en el auto respectivo se admitió la demanda, por encontrarse en ella la expresión de juicios relativos a la pretendida violación del artículo 96 de la

Constitución Política. No obstante, del estudio más detallado de los argumentos esgrimidos por la demandante, como corresponde a la presente etapa procesal, puede deducirse que el cargo que se plantea aparentemente contra la norma atacada no existe.

La demandante asegura en efecto, que la expresión residencia o morada es inconstitucional porque de acuerdo con "el literal b del numeral 1°, del artículo 96 de la Constitución nacional el domicilio es el país, y no la residencia del penado". A lo que suma la necesidad en este caso de aplicar el principio de favorabilidad.

Sin embargo, como lo señala la vista fiscal, no se advierte ninguna relación temática entre la norma acusada que permite que el lugar de ejecución de la pena privativa de la libertad pueda ser la residencia o morada del condenado, con el contenido del artículo 9 numeral 1°, literal b de la Carta Política, en el que se determina que son nacionales por nacimiento "los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República".

Así las cosas, al efectuar el análisis de fondo que corresponde a esta oportunidad procesal, se ha de concluir en la ausencia de cargos que se refieran al artículo 38 de la Ley 599 de 2000 y que en forma "concreta, coherente y razonable" planteen una confrontación entre la disposición legal acusada y la Constitución.

De otro lado es necesario señalar que aún en el caso de querer dar a la demanda un sentido coherente, atendiendo al espíritu democrático de la acción incoada, la petición que resultaría pertinente sería la de una interpretación por la Corte de las expresiones residencia o morada. En este caso tampoco sería posible descartar el carácter inepto de la demanda, ya que como ha dicho reiteradamente1 esta Corporación, tal no es el objeto de la acción de inconstitucionalidad. Así en la Sentencia C-403/98 se dijo:

"La Corporación se declara inhibida, para fallar con relación con la norma cuestionada, por cuanto es claro que la demandante no elevó en realidad cargo alguno de inexequibilidad en contra del artículo 38 de la Ley 81 de 1993. Lo que pretende la ciudadana demandante, es una interpretación con autoridad por parte del juez de la Carta y no la exclusión de la misma disposición del ordenamiento jurídico, que es el objeto de la acción de constitucionalidad; por lo tanto, la jurisprudencia de esta Corporación denomina una petición de esta clase como "inepta demanda", pues repárese que mal puede apelarse a la acción pública de inconstitucionalidad si no se plantea una verdadera confrontación entre el precepto acusado de orden legal y la Constitución Política"2.

Por todo ello esta Corporación se declarará inhibida para pronunciarse de fondo en relación con las expresiones residencia o morada contenidas en el inciso primero del artículo 38 de la Ley de 2000, por ineptitud sustancial de la demanda.

3.1.3. Inhibición para decidir de fondo en relación con el artículo 106 de la Ley 599 de 2000

En el caso del artículo 106 de la ley 599 de 2000, que tipifica el homicidio por piedad, la actora plantea en su demanda la supuesta violación del artículo 243 de la Constitución por haberse desconocido la cosa juzgada constitucional en relación con la Sentencia C-293 de 1997 que declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 236 del Decreto 100 de

1980 en los siguientes términos:

“Primero. Declarar exequible el artículo 236 del decreto 100 de 1980 (código Penal), con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el medico autor, pues la conducta está justificada”

Segundo: Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna.”

La Corte constata sin embargo que los argumentos de la demandante se limitan a reprochar el comportamiento del legislador, al no incluir en la ley aprobada el texto del artículo 107 del proyecto presentado por el señor Fiscal General, lo que en su concepto “debe ser entendido como una omisión inconstitucional, la cual debe ser llenada por esta Corporación.”

En este sentido y teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta Corte en materia de omisión legislativa3, que excluye su competencia en relación con la omisión legislativa absoluta, y al no expresarse en este caso tampoco argumentos concretos que permitan establecer la existencia de una omisión relativa por parte del legislador, ha de concluirse que la actora no cumplió el requisito del artículo 2º numeral 3º del Decreto 2067 de 1991 que ordena al demandante precisar las razones por las cuales considera violada la disposición acusada. En tal aspecto hubo ineptitud sustancial de la demanda. En esas circunstancias, en virtud del artículo 241 de la Constitución, que consagra de manera expresa y limitativa las funciones de la Corte Constitucional al decir que a ella le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo, se ha de entender entonces que en este caso la demanda presentada no tiene la aptitud de desatar el juicio de constitucionalidad, por lo que la Corte se declarará inhibida para pronunciarse de fondo en relación con el artículo 106 de la Ley 599 de 2000.

Cabe recordar finalmente al respecto, que la Corte Constitucional está instituida fundamentalmente para resolver sobre la constitucionalidad del contenido explícito de las normas y que las circunstancias particulares en las que de manera excepcional le es dado examinar otros contenidos o interpretaciones posibles de la norma4 que puedan oponerse a la Constitución no se configuran en el presente caso.

3.2. Cosa juzgada constitucional

En relación con la cosa juzgada constitucional en el presente proceso se hace necesario tener en cuenta la configuración de dicho fenómeno en relación con el artículo 101 de la misma Ley, así como la necesidad de descartar su configuración en relación con los artículos 16 numeral 1° y 17 inciso 2° de la Ley 599 de 2000, la cual ha sido invocada, sin embargo, por algunos de los intervinientes.

Para el efecto cabe recordar que sobre la cosa juzgada constitucional esta Corporación ha precisado que:

“(…)es importante establecer las siguientes distinciones (…)

En primer lugar, la noción de cosa juzgada formal. De la manera más genérica, entiende esta Corporación que tiene lugar la figura de la cosa juzgada formal, cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio. Supone la vinculación jurídica que surge para el juez constitucional en relación con el precepto en sí mismo formalmente considerado.

En segundo lugar, la noción de cosa juzgada material. Se presenta este fenómeno cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica: tiene lugar cuando la decisión constitucional resuelve el fondo del asunto objeto de su juicio que ha sido suscitado por el contenido normativo de un precepto, de acuerdo con el artículo 243 de la Carta Política”5.

3.2.1. Cosa juzgada formal en relación con el aparte atacado del artículo 101 de la Ley 599 de 2000

El artículo 322ª (parcial) de la Ley 589 de 2000 fue objeto de examen constitucional por parte de esta Corporación y, por unidad normativa, lo fue igualmente el artículo 101 (parcial) de la Ley 599 de 2000. Al respecto, mediante providencia C-177 del 14 de febrero de 20016, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, se resolvió:

Por consiguiente, según el mandato del artículo 243 de la Constitución Política y en virtud de que ha operado la cosa juzgada constitucional respecto de la expresión “que actúe dentro del marco de la ley” del artículo 101 de la Ley 599 de 2000, objeto de la presenta demanda, la Corte habrá de estarse a lo resuelto en su sentencia C-177 del 14 de febrero de 2001, que declaró inexequible la expresión demandada, y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

3.2.2. Ausencia de cosa juzgada formal o material en relación con el artículo 16 numeral 1° y el artículo 17 inciso 2° de la Ley 599 de 2000

Para el señor Fiscal, así como para la interviniente del Instituto de Derecho Procesal no es procedente una nueva discusión sobre el contenido de los artículos 16 y 17 de la ley 599 de 2000, toda vez que los segmentos demandados del nuevo estatuto penal se extrajeron textualmente de los artículos 15 y 16 del Código penal vigente y que la exequibilidad de esas normas ya fue analizada en la Sentencia C-264 /95.

La Corte constata, sin embargo, que la parte resolutiva de la sentencia aludida declaró en su numeral tercero la exequibilidad de los artículos 14, 15 numeral 2° y 16 inciso final del Decreto 100 de 1980, mientras que los cargos invocados en el presente proceso se refieren al numeral 1° del artículo 16 – que reproduce el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 100 de 1980- y al inciso 2° del artículo 17 -que reproduce parcialmente el inciso 1° del artículo 16 del Decreto 100 de 1980-.

No son pues los mismos textos contenidos en los artículos citados los que fueron objeto de

análisis por la Corte en la Sentencia C-264/95, ni se trata en este caso de contenidos normativos idénticos a los que ya fueron objeto de estudio y, por tanto, no se ha configurado en este caso el fenómeno de cosa juzgada constitucional. Deberá entonces la Corte efectuar el análisis respectivo de constitucionalidad.

3.3. Unidad normativa

Por último, en relación con las consideraciones previas, se debe señalar que la confrontación propia del control de constitucionalidad exige que el análisis "recaiga sobre expresiones integradas que plasmen un contenido autónomo, configurando una norma o una proposición susceptible de producir, por sí misma, efectos jurídicos"7. Por ello, una palabra o una frase -aisladas- no pueden ser calificados como constitucionales o inconstitucionales, a menos que se las armonice y relacione con el contexto normativo en el que estén inscritas. Así ha dicho esta Corporación:

"Para que la Corte Constitucional pueda entrar a resolver sobre la demanda incoada por un ciudadano contra fragmentos normativos, resulta indispensable que lo acusado presente un contenido comprensible como regla de Derecho, susceptible de ser cotejado con los postulados y mandatos constitucionales.

Las expresiones aisladas carentes de sentido propio, que no producen efectos jurídicos ni solas ni en conexidad con la disposición completa de la cual hacen parte, no son constitucionales ni inconstitucionales, lo que hace imposible que se lleve a cabo un juicio sobre la materia.

Es necesario que, por una parte, exista proposición jurídica integral en lo acusado y que, por otra, en el supuesto de su inexequibilidad, los contenidos restantes de la norma conserven coherencia y produzcan efectos jurídicos.

Pero, en razón del carácter informal de la acción pública, que ha de despojarse de tecnicismos y complejidades procesales con miras a la efectividad del derecho político del ciudadano (art. 40 C.P.), esta Corte prefiere interpretar la demanda, en búsqueda de su propósito, y estructurar, con base en él, y con apoyo en lo ya decidido en anteriores sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada, la proposición jurídica completa, es decir, la regla de Derecho sobre la cual habrá de recaer el examen de constitucionalidad y el fallo"8.

Al respecto cabe recordar que la unidad normativa procede en relación tanto con decisiones de inexequibilidad como de exequibilidad, pero ello siempre de manera excepcional9.

En el presente proceso, se hace necesario integrar la proposición jurídica completa en relación con las expresiones "imputar" -sin la cual el texto carecería de sentido- y "salvo lo establecido en instrumentos internacionales", con el resto de las expresiones contenidas en el artículo 8 de la ley 599 de 2000 cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 8°. Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.

Como se deduce, entonces, es necesario integrar dichas expresiones en el conjunto del inciso para poder analizar los cargos que la demandante hace en este caso referentes a la violación del principio de non bis in idem.

Situación similar acontece en relación con el artículo 118 de la ley 599 de 2000 cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 118. Parto o aborto preterintencional. Si 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, las penas imponibles según los artículos precedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

En este caso resulta necesario estudiar la palabra "aumentarán" dentro del artículo 118 para poder analizar el cargo señalado por la actora en relación con la violación del principio de igualdad, puesto que si se suprimiera la expresión demandada, el artículo quedaría sin sentido, en la medida en que es precisamente la expresión "aumentarán" la que articula la proposición jurídica aludida.

En consecuencia, la Corte procederá a efectuar la unidad normativa pertinente en ambos casos.

5. La ausencia de violación del principio de igualdad

La demandante plantea en relación con tres de las normas atacadas la presunta violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la carta Política. Previamente al análisis respectivo, esta Corporación considera pertinente recordar los principales criterios que en materia de potestad de configuración del legislador en el ámbito penal y sobre el principio de igualdad ha establecido la jurisprudencia, con el fin de que sirvan de marco para el análisis de las disposiciones atacadas por este concepto.

5.1 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 sin embargo, 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 la jurisprudencia.

Así ha dicho la Corte en la Sentencia C-1404/2000 que:

"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"10

En términos similares la Corte en la Sentencia C-746/98 con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell había señalado:

"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-198/9711, 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 sido12:

"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 (...)"13.

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. Es él quien tiene como atrás se dijo, la potestad de configuración en materia penal, y que como ha expresado la Corte:

"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"14.

Solamente "en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad,"15 correspondería al Juez Constitucional declarar la inexequibilidad de las disposiciones normativas objeto de análisis. Así ha dicho la Corte que:

"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"16.

Finalmente cabe recordar que sobre el test de razonabilidad en materia de aplicación del principio de igualdad, la Corte fijó sus principales elementos en la Sentencia C-530/1993, en

los siguientes términos.

“El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; 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; 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”17.

La competencia del legislador se encuentra pues claramente delimitada por los valores, preceptos y principios constitucionales a los que se ha referido la Corte en las citadas sentencias, las cuales sirven necesariamente de marco al análisis concreto de constitucionalidad que la Corte entra a hacer enseguida.

5.2. La constitucionalidad del aparte demandado del parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000 por el cargo analizado en esta Sentencia.

Para la demandante el aumento en una tercera parte de la pena, que ordena el parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000, en los eventos de delito continuado y masa, viola el artículo 13 de la Carta, porque al comparar su contenido con el artículo 32 de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar) se comprueba que “allí no se hace referencia a que la pena se aumenta “en una tercera parte” de lo que concluye que “si es un militar quien lo comete (el delito continuado), no se le aumenta la pena, pero si es un particular, sí se le aumenta”.

En relación con el artículo 32 de la ley 522 de 1999 que sirve a la demandante como punto de comparación en este caso, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en la Sentencia C-368 de 2000, que declaró la constitucionalidad de dicho precepto, el cual era atacado precisamente por configurar una supuesta desigualdad de trato entre civiles y militares.

En esa ocasión esta Corporación aclaró el sentido y alcance de dicha disposición en términos que resultan plenamente pertinentes en el presente proceso para descartar, esta vez en relación con el aparte atacado del parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000, la violación del artículo 13 constitucional.

Al respecto dijo la Corte:

“En este aparte se reúnen los análisis de las diferencias entre la legislación penal ordinaria y la penal militar, en lo que hace al concurso de delitos, la suspensión de la ejecución de la condena, la notificación por estado, y el recurso de hecho, para considerar si tales diferencias constituyen otras tantas violaciones al derecho a la igualdad.

Delito continuado.

El artículo demandado, 32 de la Ley 522 de 1999, dice:

“Artículo 32. Hecho punible unitario o continuado. Cuando la ejecución del hecho punible se fragmente en varias acciones u omisiones se tendrá como un hecho punible unitario.”

El Código Penal vigente, Decreto-ley 100 de 1980, no contiene una norma especial para el delito continuado, por lo que el actor compara la norma demandada, con su artículo 26:

“Artículo 26.- 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 nuevo Código Penal tampoco regula específicamente el delito continuado, y establece, respecto del concurso de delitos:

“ARTICULO 31 – Concurso de conductas 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 según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

“En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años.

“Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrente con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

“Parágrafo. En los eventos de los delitos continuado y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”

Para analizar si el artículo 32 de la Ley 522 de 1999 viola el derecho a la igualdad, debe tenerse en cuenta que el régimen general para el concurso de hechos punibles consagrado en el Capítulo IV de esa ley, es similar a los que se encuentran en el Decreto-ley 100 de 1980 y en el nuevo Código Penal; en efecto, si se comparan los artículos 26 y 31 de estos últimos estatutos con el artículo 30 de la Ley 522 de 1999, se encuentra que concuerdan. Dice está última norma:

“Artículo 30.- 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 imponible, aumentada hasta en otro tanto, cualquiera que sea la naturaleza del concurso”

El artículo 32, entonces, no tiene por objeto establecer un trato distinto -y más favorable- para el concurso de hechos punibles, sino aclarar que el delito continuado (aquél en el cual la ejecución de un único designio delictivo se lleva a cabo con la realización de varios actos separados en el tiempo pero unívocamente dirigidos a agotar el mismo propósito), no es una especie de concurso de hechos punibles, sino un solo “hecho punible unitario o continuado” y, por tanto, que debe ser penado como tal. También en el marco de la legislación penal

ordinaria, aunque ni el Decreto 100 de 1980, ni el nuevo Código Penal contemplan específicamente el delito continuado, debe entenderse que en los casos en que se presente esta modalidad, debe ser reconocida como un hecho unitario, y sancionada de acuerdo con los parámetros ordinarios de dosificación de la pena, por lo que no hay diferencia al respecto entre ambas jurisdicciones. Aclarado esto, resulta que no asiste razón al cargo planteado por el actor, y el artículo 32 de la Ley 522 de 1999 será declarado exequible"18.

Habiéndose ya establecido que el objeto del artículo 32 de la Ley 522 de 1999 es simplemente el de "aclarar que el delito continuado (aquél en el cual la ejecución de un único designio delictivo se lleva a cabo con la realización de varios actos separados en el tiempo pero unívocamente dirigidos a agotar el mismo propósito), no es una especie de concurso de hechos punibles, sino un solo 'hecho punible unitario o continuado' y, por tanto, que debe ser penado como tal" y que esta circunstancia no establece una diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar en el tratamiento del concurso de hechos punibles, la Corte retoma los argumentos señalados en dicha sentencia, pero esta vez para descartar el cargo de violación del derecho a la igualdad invocado por la demandante en relación con el parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

Dentro de ese contexto, no resulta cierto en efecto, como lo pretende la demandante, que en el caso del delito continuado o masa a que alude dicho parágrafo se establezca para los civiles una discriminación en relación con los militares.

El hecho que no figure en el artículo 32 de la Ley 522 de 1999, por no ser su objeto como ya se dijo, una mención a la agravación punitiva de la conducta, no significa que en las dos jurisdicciones –penal y civil- se establezca un trato diferente para unos y otros.

No asiste razón en consecuencia a la demandante en relación con el cargo planteado contra el parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000, por lo que esta Corporación declarará su exequibilidad en la parte resolutiva de la sentencia, respecto del cargo formulado.

5.3. La constitucionalidad del artículo 118 de la Ley 599 de 2000

Para la demandante el artículo 118 de la ley 599 de 200019, violenta el artículo 13 de la Constitución porque "en un evento preterintencional, el del artículo 105, se disminuye la pena, y en otro evento, también preterintencional, el del artículo demandado, el 118, se aumenta la pena, cuando la forma de culpabilidad es similar".

Al respecto y efectuada la correspondiente unidad normativa del aparte demandado con el conjunto del artículo 118, la Corte hace las siguientes consideraciones:

Los artículos 118, demandado, y 10520 de la ley 599 de 200, con el que se compara, son dos tipos penales que de manera general protegen la vida y la integridad personal, pero que se estructuran en diferentes capítulos del título I del nuevo Código Penal. El primero dentro de las lesiones personales (capítulo 3º) y el segundo dentro del capítulo referente al homicidio (capítulo 2º).

Como lo recuerda la vista fiscal, el punible del homicidio preterintencional y el denominado parto o aborto preterintencional son comportamientos delictivos distintos con elementos y

bienes jurídicos vulnerados diferentes, lo que justifica que los puntos de referencia para la estructuración de los tipos penales respectivos y la delimitación de las sanciones aplicables sean diversos, sin que ello vulnere el principio de igualdad.

Si bien en ambos eventos se produce un segundo resultado que va más allá de la intención del actor, en el homicidio tipificado en el artículo 105 la preterintención se refiere a un tratamiento privilegiado frente al delito base, es decir, el homicidio simple. Mientras que en el tipo del parto prematuro o aborto preterintencional, se produce un resultado agregado a la descripción típica básica (para este efecto las lesiones personales) que constituye una consecuencia del acto inicial, que merece mayor reproche penal por la gravedad del daño o peligro causado.

Cabe aclarar al respecto que dentro de la normatividad vigente, la misma conducta se encuentra tipificada en el artículo 338 bajo la denominación de "Lesiones seguidas de parto prematuro o aborto", y que la jurisprudencia y la doctrina han identificado claramente esta conducta punible, dentro de los llamados "delitos calificados por el resultado".

Así la Corte Suprema de Justicia señaló :

"La demanda de casación presentada plantea el tema de los delitos preterintencionales y los delitos calificados por el resultado, cuya clara delimitación ha sido empeño no siempre logrado en el campo doctrinal. Destácase que entre estas dos clases de infracciones existe la común característica de que se pretende la comisión de un hecho cuya realización trae consigo un resultado agregado a la básica descripción típica, las dos formas delictivas deben estar expresamente previstas en la ley, pero con la diferencia de que en el delito de carácter preterintencional el segundo resultado constituye el comportamiento que representa la conducta punible, mientras que en los delitos agravados por el resultado, éste no adquiere tal carácter sino que es, apenas una consecuencia del hecho inicial, que merece un mayor reproche por la mayor intensidad del daño, por la generación de un peligro o la materialización de un provecho.

Como ejemplos de delitos calificados por el resultado podrían citarse los siguientes: La hostilidad militar, que se agrava cuando como consecuencia de la conducta se pone en peligro la seguridad de la Nación o sufren perjuicios sus bienes o las Fuerzas Armadas (art. 112); (…) las lesiones personales, cuya pena se incrementa cuando dan lugar a parto prematuro o aborto (art. 338); y, el abuso de circunstancias de inferioridad, que se sanciona con pena más severa cuando se ocasiona un perjuicio.

Los hechos anteriormente relacionados a más de estar expresamente contemplados en la ley, tienen en común la descripción de una conducta reprimida penalmente que se agrava cuando se presenta un segundo resultado, sin que, por sobrevenir esté, la adecuación típica de la conducta sufra modificación alguna, pues sigue siendo la misma aun cuando mayormente sancionada.

(…)

El delito preterintencional tiene ocurrencia cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente. De esta definición legal (art. 38) parecería que ninguna

diferencia existe entre los delitos calificados por el resultado y los delitos preterintencionales; no obstante, la doctrina ha señalado que estas son características del delito preterintencional: a) El propósito de cometer un delito determinado; b) La producción de un resultado delictivo mayor que el pretendido por el agente; c) La existencia de un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el agente y el resultado producido; d) La identidad del sujeto pasivo, que debe ser víctima tanto del delito pretendido, como del ilícito finalmente cometido y e) La calificación legal del hecho según el resultado.

De lo anterior resulta, como ya se ha advertido, que la diferencia específica entre los delitos calificados por el resultado y los delitos ultraintencionales, estriba en el hecho de que en los primeros el segundo resultado, aun cuando descrito en la norma, no es el que tipifica el ilícito, mientras que en los otros ese segundo resultado pasa a ser la conducta punible en la norma penal. (…)"

El cambio de denominación de la misma conducta en el artículo 118 atacado que reproduce sin embargo textualmente el artículo 338 del Decreto ley 100 de 1980, si bien puede generar una amplia discusión doctrinal21, no tiene incidencia en este caso en relación con el análisis del cargo planteado por la demandante.

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 consumar 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 jurídico22.

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.

Por todo lo expuesto, en la parte resolutiva de esta providencia se declarará la exequibilidad de la norma atacada en relación con el cargo planteado por la demandante.

5.4. La Constitucionalidad del artículo 401 de la Ley 599 de 2000

Para la demandante el artículo 401 de la ley 599 de 2000 vulnera el principio de igualdad por cuanto la norma legal establece un tratamiento más riguroso y discriminatorio para los servidores públicos que incurren en peculado, ya que por el pago de las sumas retenidas sólo obtienen una disminución punitiva, pero cuando se trata de agentes retenedores o recaudadores éste hecho da lugar a la terminación del proceso con resolución inhibitoria, preclusión o cesación del procedimiento, en virtud del parágrafo del artículo 402 de la misma Ley.

En relación con esta nueva comparación entre normas, de la que se pretende derivar una violación del artículo 13 constitucional, la Corte hace las siguientes consideraciones.

La norma atacada se encuentra consagrada dentro del título XV- delitos contra la administración pública, capítulo primero -del peculado- del Nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), y consagra las circunstancias de atenuación punitiva aplicables para los delitos de peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente y peculado culposo (artículos 397 a 400).

La norma con que se le compara por la demandante, figura dentro del mismo capítulo y título, pero se refiere a las consecuencias que deriva la ley en relación con la extinción de la obligación tributaria por pago, o compensación de las sumas adeudadas, hecho por el agente retenedor o autorretenedor de sumas por concepto de retención en la fuente o por el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consignó en los términos exigidos en la ley, las sumas respectivas.

En relación con los antecedentes de dicha norma, cabe recordar que esta Corporación tuvo oportunidad de efectuar un completo análisis de la evolución histórica de las disposiciones

que regulan la responsabilidad penal de los agentes retenedores cuando omiten consignar los dineros recaudados por concepto del pago de obligaciones tributarias en la Sentencia C-1144 de 2000. De dicha sentencia se desprende que el antecedente inmediato de la norma atacada se encuentra en la Ley 383/97, art. 22 y la Ley 488/98, art. 71, normas en las que se consagró la cesación del procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado por tal motivo (ley 383), y la ausencia de responsabilidad penal (Ley 488) del agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas que extinga la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones y que previamente esta materia, había sido objeto de regulación con la Ley 38 de 1969, el decreto 2503 de 1987, y el decreto 624 de 1989, objeto de la Sentencia C-285 de 1996.

Se concluye entonces que existe una clara y reiterada voluntad del legislador de sancionar el incumplimiento de los agentes retenedores y recaudadores de recursos tributarios, al tiempo que se establecen mecanismos de exoneración de la responsabilidad penal de él derivada, mediante el pago de las sumas adeudadas con sus respectivos intereses y sanciones.

Para la demandate esta última circunstancia es la que precisamente vulnera el principio de igualdad al compararlo con la situación de los servidores públicos que incurren en peculado para quienes la restitución de lo indebidamente apropiado no produce la misma consecuencia. Ahora bien, para que exista violación del artículo 13 de la Constitución Política, como reiteradamente ha sostenido la Corte, debe establecerse que se dio diverso tratamiento a dos supuestos fácticos o jurídicos idénticos, o que siendo éstos distintos se les dio tratamiento uniforme.

En el presente caso ninguna de las dos circunstancias señaladas se configura.

En primer término, debe tenerse en cuenta 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. Así lo recordó esta Corporación al declarar la exequibilidad del artículo 82 del Código Penal vigente señalando que esa disposición “encaja dentro del criterio de exigir una mayor responsabilidad en el ejercicio de sus funciones por parte del empleado oficial, que sustenta el régimen de responsabilidad de todos los servidores oficiales de conformidad con la preceptiva constitucional (artículos 6, 89,95,209 de la Cara Política)”23

Su bien, como lo dijo también esta Corporación, “es legítimo que la ley haya asignado a los agentes retenedores no sólo una función pública específica como es la de recaudar dineros oficiales producto de las obligaciones fiscales de los coasociados, sino también una responsabilidad penal derivada del incumplimiento de sus deberes que, para el caso, se asimilan a los de los funcionarios del Estado que manejan dineros de propiedad de la Nación”24, no debe olvidarse que en todo caso se trata de particulares.

De otro lado resulta evidente que las conductas reprochadas a los servidores públicos en los artículos 397 a 400 de la Ley 599 de 2000, son distintas y de mayor gravedad de las que se

censuran en el artículo 402 ibídem a los agentes retenedores o recaudadores, por cuanto en las primeras se genera la pérdida o mal uso de los bienes del Estado, mientras que de acuerdo con la descripción efectuada por el legislador en el artículo 402, el delito de los agentes – que la doctrina clasifica dentro de los de "infracción de deber"- se consuma por no efectuar en los plazos previstos la consignación de las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente, tasas o contribuciones públicas o impuesto sobre las ventas.

Finalmente, la Corte destaca que el agente retenedor o recaudador a que se refiere la norma solamente obtiene los beneficios en ella consagrados luego de extinguir la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario o en las normas legales respectivas y sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar. Es decir, que el agente retenedor o recaudador no queda totalmente liberado de sanción por el incumplimiento del deber ya señalado, sino que está en posibilidad de restablecer con los intereses respectivos las sumas que de acuerdo con la ley debía consignar en determinados plazos. No resulta desproporcionado para la Corte en este sentido ofrecer al agente retenedor o recaudador la oportunidad de cumplir finalmente el deber omitido quedando eso sí sometido a las sanciones administrativas pertinentes.

Los anteriores argumentos son suficientes para concluir que tanto la condición de servidor público como el tipo de conductas reprochadas, justifican un tratamiento diverso y más severo para los funcionarios –sometidos, como se ha dicho, a especiales deberes de sujeción- que incurren en las conductas descritas en los citados artículos 397 a 400 de la Ley 599 de 2000, por lo que la Corte considera infundados los argumentos expuestos por la demandante contra el artículo 401 de la Ley 599 de 2000 y declarará su exequibilidad en relación con los cargos a él imputados por este concepto.

6. La constitucionalidad del inciso 2º del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000

Para la demandante, del inciso 2° del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, se desprende que sólo se podrá descartar la obediencia debida como eximente de responsabilidad cuando se trate de los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura, con lo que se violan los artículo 1° y 2° de la Carta Política en los que se consagran los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

La Corte no comparte esta afirmación y por el contrario considera que la norma se ajusta a la Constitución por las siguientes razones:

No es cierto como lo alega la demandante que la norma haga "una referencia cerrada y taxativa de los comportamientos que no reconocen la obediencia debida". El inciso acusado de ninguna forma, ni expresa ni tácita, señala que no se podrá reconocer la obediencia debida solo cuando se trate de los delitos allí enunciados.

La referencia expresa que se hace de ellos, en forma enunciativa, simplemente resulta coherente, como lo recuerda la vista fiscal, con el artículo 91 inciso primero de la Carta, así como con los diferentes textos de derecho internacional aplicables en nuestro ordenamiento en este campo (art. 93 C.P.), en los que expresamente se excluye la posibilidad de acudir a

la obediencia debida para excusar los actos de genocidio desaparición forzada y tortura, así como otras conductas claramente prohibidas en cualquier circunstancia27.

Una interpretación sistemática y adecuada del ordenamiento penal y procesal penal permite afirmar que además de las exclusiones expresas que hizo el legislador en el inciso cuestionado, tampoco podrá declararse la ausencia de responsabilidad por obediencia debida, sea cual fuere el delito investigado, si no se cumplen la totalidad de los requisitos para reconocerla según nuestro ordenamiento jurídico, los cuales se consagran en el mismo numeral 4 del artículo 32 de la ley 5999 de 200 en su inciso primero. Es necesario entonces que se obre en cumplimiento de orden legítima (lo que implica que no sea antijurídica), que ésta sea emitida por la autoridad competente y que se respeten las formalidades legales.

La Corte Suprema de Justicia se refirió a dichos requisitos en términos que resultan suficientemente claros para dilucidar la cuestión debatida. Así dijo al Corte:

"-Orden del superior como causal de justificación.- La estructura burocrática del Estado gira en torno al principio de jerarquización de sus órganos en los que unos, por su propia naturaleza, expiden mandatos y otros se encargan de ejecutarlos, quedando por ello el personal sometido a un orden jerárquico determinado por la facultad de mandar y el deber de obediencia.

Esta estructura jerárquica reclama, entonces, el establecimiento de formalidades y rigorismos que deben tener las órdenes expedidas para que adquieran un carácter vinculante, del cual se desprenda la posibilidad de determinar responsabilidades penales y disciplinarias, ante su desobedecimiento o incorrecta ejecución.

Pero cuando el contenido de una orden sea manifiestamente contrario a derecho, el funcionario público debe abstenerse de cumplirla, so pena de que al realizar la actuación contenida en el mandato se deriven consecuencias punibles, caso ene l cual responderá al igual que su superior.

Por su parte, la orden como justificante, cuya previsión se encuentra en el artículo 29 numeral 2º del Código Penal, contiene en sí misma unos requisitos que obligan examinar si el mandato es legítimo.

De lo anterior se desprende que, en uno y otro caso, la orden debe ser legítima; que aun cuando se emita con las formalidades legales, si tiene un contenido antijurídico jamás podrá justificar el hecho, pese a que se invoque el principio constitucional de que trata el artículo 91, pues de él no se desprende un obedecimiento ciego, sino su cumplimiento dentro de los límites racionales y coherentes que demandan un Estado de derecho y apreciando las concretas circunstancias que rodean el hecho al momento de su ejecución."28

Adicionalmente, la Corte Constitucional ya se había pronunciado sobre los alcances de la obediencia debida como exclusión de la responsabilidad, con base en lo dispuesto por el artículo 91 de la Constitución Política, en la sentencia C-578 de 1995, en la que se indicó que:

Así las cosas, como lo recuerda el señor Fiscal General de la Nación, dentro del marco que acaba de reseñarse, en el evento de que la orden impartida sea manifiestamente antijurídica el funcionario que la recibe debe abstenerse de cumplirla, so pena de responder disciplinaria y penalmente según su grado de participación, independientemente de que se trate de los delitos de genocidio, desaparición forzada o tortura.

Así lo había aclarado específicamente el mismo funcionario en la exposición de motivos presentada al Congreso de la República, en la que señaló:

"La obediencia debida fue excluida en forma expresa para los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado. Los delitos enlistados compartan gravísimas violaciones a los derechos humanos, por tanto, un Estado fundado en la dignidad humana, si se trata de poner en la balanza tan importantes bienes jurídicos y el cumplimiento del deber expresado a través de su especificidad "orden de superior", tienen necesariamente que hacer primar sin dubitación los primeros sobre las últimas. Empero no significa esto que el proyecto, por virtud de una interpretación a contrario sensu, permitan que sí se produzca y toleren otras violaciones a los derechos humanos, encontrando justificación en la obediencia debida, pues lo que se quiere resaltar y significar es que prima facie la causal no opere frente a tales delitos, quedando los demás sometidos a un riguroso examen informado por los derechos, principios y valores constitucionales (…)"30.

En consecuencia, la interpretación de la accionante, según la cual se podrá violar sexualmente, extorsionar o cometer cualquier otro delito con base en una orden sin deber responder penalmente carece de fundamento. El inciso atacado no infringe en este sentido ninguna de las normas constitucionales invocadas y por ello la Corte declarará su exequibilidad en la parte resolutiva de esta sentencia.

7. La ausencia de violación del principio non bis in idem

En concepto de la demandante, los artículos 8, 16 numeral 1 y 17 inciso 2 de la Ley 599 de 2000 atentan contra el principio non bis in idem al establecer una serie de restricciones no contempladas en el artículo 29 de la Constitución Política.

Al respecto, la Corte hace las siguientes consideraciones:

7.1 La constitucionalidad del artículo 8 de la Ley 599 de 2000 por los cargos analizados en esta Sentencia

A juicio de la demandante, la palabra "imputar"contenida en el artículo 8º de la Ley bajo estudio, viola el debido proceso porque el legislador, al incluir ese verbo, distorsionó el sentido de la norma constitucional que consagra el principio non bis idem en los términos de que se tiene derecho a no ser "juzgado" dos veces por el mismo hecho.

Considera la Corte que el cargo no está llamado a prosperar puesto que no es posible deducir que la palabra "imputar" de la disposición legal en referencia tergiverse o afecte el contenido y el alcance del artículo 29 de la Carta Política.

En primer término es necesario anotar que, en efecto, las aludidas palabras tienen significados diferentes, pues según el Diccionario de la Real Academia Española, se define

“imputar” como “atribuir a otro una culpa, delito o acción”, y “juzgar” como “deliberar, quien tiene autoridad para ello, acerca de la culpabilidad de alguno, o de la razón que le asiste en un asunto, y sentenciar lo procedente. / Formar juicio u opinión sobre algo o alguien. /Condenar a uno por justicia a perder una cosa, confiscársela.(…)/ estar a juzgado y sentenciado. Fr. Der. Quedar obligado a oír y consentir la sentencia que se diere”.

No obstante lo anterior, no es posible sostener que la palabra “imputar” desvirtúe la garantía constitucional reconocida en el artículo 29 superior, puesto que sólo se juzga acerca de una imputación previamente planteada que, en el proceso penal, se entiende hecha mediante la resolución de acusación con la que culmina la etapa instructiva. Así que la norma legal objeto de análisis lo único que hace es ampliar el ámbito de protección constitucional a la fase previa a la del juzgamiento, lo que en modo alguno puede ser interpretado como una violación de los preceptos superiores, ya que debe tenerse en cuenta que el legislador goza de gran libertad, dentro de los límites de la razonabilidad que impone el respeto y efectividad de los demás derechos y garantías constitucionales, para ampliar la protección de los derechos fundamentales. Así pues, lo que prohibe la Constitución es la violación del núcleo esencial de los derechos fundamentales, no la acción del legislador que tenga una finalidad más “garantista” que la establecida en la propia Carta.

Es pertinente señalar, tal como lo afirma el señor Viceprocurador (E), que “la constitucionalidad de las normas legales no depende de ninguna manera de su plena identidad lingüística con el texto constitucional al cual se refieren, sino de su conformidad con los valores y principios que la ley fundamental ha establecido como mandatos Superiores”.

Ahora bien, sobre el alcance del principio non bis in idem esta Corporación ha dicho los siguiente:

“ (…) Non bis in idem, es una expresión latina que significa “no dos veces sobre lo mismo”, ésta ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez. En otras palabras que no debe resolverse dos veces el mismo asunto.

“…el principio de non bis in idem constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del ius puniendi, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas… equivale en materia sancionatoria, a la prohibición de someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta”, que se erige en el impedimento fundamental que a jueces y funcionarios con capacidad punitiva impone el principio de non bis in idem.”31

En este orden de ideas, la prohibición de doble incriminación consagrada en el artículo 8 de la Ley 599 de 2000, en tanto no se opone al de la doble punición contemplada en el artículo 29 C.P., se declarará exequible en relación con los cargos formulados.

Ahora bien, la demandante también ataca la expresión “salvo lo establecido en los instrumentos internacionales” contenida en el mismo artículo legal objeto de análisis porque, a su juicio, ella limita indebidamente la garantía constitucional del artículo 29.

En relación con este cargo, es necesario precisar que como el artículo 8 de la Ley 599 de 2000 lo que consagra es un garantía adicional a la establecida en el artículo 29 de la Constitución, puesto que lo contemplado en la disposición legal es la prohibición de doble imputación –no de juzgamiento-, es admisible que el legislador, de igual manera pueda restringirla, en este caso como consecuencia de la aplicación de instrumentos internacionales, lo que, por cierto, halla soporte en el desarrollo de los principios consagrados en el artículo 9 de la Carta Política, sobre las relaciones exteriores del Estado colombiano.

Cabe resaltar que esta Corporación, en Sentencia C-264 de 1995, partiendo de la diferencia entre juzgar e investigar, avaló la constitucionalidad de normas que permiten la existencia de pluralidad de procesos en varios Estados, como instrumento idóneo para lograr la efectiva persecución de delitos ejecutados en varias partes del mundo. Señaló la Corte:

"La necesidad cada vez mayor de un principio de justicia mundial o de universalidad, por los múltiples vínculos y ágiles movimientos y comunicaciones del delito, hacen que no sea extraño sino algo habitual en las legislaciones de los países como las comentadas en nuestro Código Penal, la existencia de estos procedimientos, particularmente cuando se trata de delitos que tienen ejecución en el territorio nacional y en el extranjero, que imponen la simultánea actividad investigadora, y sin que ello implique el que un delincuente pueda ser juzgado dos veces por el mismo acto. Ya se ha advertido, que investigar no es juzgar, y que este último concepto representa la finalización de un proceso con sentencia.

En la hipótesis de pluralidad de procesos no se afecta el principio constitucional, pues éste lo que prohibe es la doble condena, resultando aconsejable y factible la pluralidad de la labor investigativa, bien porque no se ignore su coexistencia, y principalmente para evitar la impunidad y lograr la defensa social; resolviéndose finalmente la situación por la preferencia de lo resuelto por las autoridades nacionales, con exclusión de lo diligenciado por las autoridades extranjeras, como lo prevén los arts. 14, 15 numerales 1 y 2, del Código Penal.

Visto lo anterior, no queda duda de la conformidad con la Carta Política de estos otros preceptos. Pues ellos no tienen otro alcance que el de perseguir el delito en todas las latitudes, cuando amenace bienes esenciales del Estado, de la sociedad y de la civilidad colombiana, y de reconocer y admitir y aprovechar las acciones que otros estados adelanten para reprimir el delito. La combinación de los criterios personal (art. 35 de la Constitución Política), el estatuto territorial, art. 4o. inc. 2o. de la Carta, y de la internacionalización de las funciones públicas, art. 226 ibídem, que se realiza en la preceptiva acusada, no deja duda de su bien logrado acuerdo con la Constitución"32.

En este mismo orden de ideas, si se parte de la base de que la prohibición constitucional se refiere solamente a la imposibilidad de ser juzgado dos veces por el mismo hecho, resulta entonces válido que el legislador pueda establecer limitación a la garantía –de rango legal- de proscribir la doble imputación. En consecuencia, no prospera el cargo formulado y, por tanto, se declarará la exequibilidad de las expresiones acusadas por dicho aspecto.

En todo caso, es importante recordar que en la citada Sentencia C-264 de 1995 la Corte aceptó la posibilidad de que el principio non bis in idem no se entendiera de manera absoluta, por cuanto, como pasará a analizarse a continuación, hay casos excepcionales en

los que la realización de otros valores y principios constitucionales hacen necesario atenuar su aplicación sin límites.

7.2. La constitucionalidad de los apartes demandados de los artículos 16 y 17 de la Ley 599 de 2000, la extraterritorialidad de la ley penal y el principio non bis in idem

Para la actora los textos acusados de los artículos 16 y 17 de la Ley 599 de 2000 contienen una limitación al principio non bis in idem que en forma alguna ha sido autorizada en el artículo 29 constitucional.

Como se anunció en el capítulo anterior, en Sentencia C-264 de 1995 esta Corte aclaró que la cosa juzgada no tenía siempre un efecto absoluto, pues considerada la naturaleza de ciertos tipos penales, esto es, de los intereses jurídicos que el legislador ha querido proteger de manera efectiva y en aplicación de otros valores y principios avalados por el ordenamiento superior, como es el de soberanía, así como el de efectividad de los derechos y deberes del Estado, es posible admitir algunas excepciones.

En efecto, en el citado fallo, al analizar la constitucionalidad de los artículos 14, 15, numeral 2, y 16 inciso final del Decreto 100 de 1980, relativos a la extraterritorialidad por extensión de la ley penal colombiana –cuando se comete hecho punible a bordo de una nave o aeronave nacional de guerra que se encuentre fuera del territorio nacional, o se cometa un delito a bordo de cualquier nave o aeronave nacional, que se halle en alta mar-, así como aquella que se aplica respecto de "persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa delito en el extranjero", así como al valor de cosa juzgada de las sentencias pronunciadas en el extranjero, la Corte reconoció que si se hacía una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales era posible admitir una atenuación del principio non bis in idem respecto de decisiones proferidas por autoridades judiciales en el exterior. Así, dijo la Corte:

"Con relación al reconocimiento de la cosa juzgada o el principio de non bis in idem, éste no se reconoce para los eventos determinados en los artículos 14, 15 num. 1 y 2 del Código Penal. En lo demás, es posible el mantenimiento de la absolución o la procedencia de la condena extranjera. En los demás casos se presenta el fenómeno de concurso de sentencias (nacionales y extranjeras) según las siguientes reglas:

A juicio de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 17 de junio de 1987:

1. Prevalece la sentencia colombiana al punto que tiene imperio la condenatoria nacional sobre la absolutoria proferida en el exterior; y dentro de las de sanción la de mayor gravedad si es la nacional la que exhibe esta característica (art. 16 del Código Penal).

2. En los tres casos de excepción (14, 15-1 y 2), "la pena o parte de ella que el reo hubiere cumplido en virtud de tales sentencias se descontará de la que se impusiere de acuerdo a la ley colombiana, si ambas de igual naturaleza y si no se harán las conversiones pertinentes" (art. 16 inc. segundo). Así se da aplicación al principio de legalidad consagrado en la Constitución de 1886 y en la Constitución de 1991 (arts. 6o., 28, y 29 de la Carta).

Se presenta, como lo ha sostenido la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, un juego de “aspectos de seguridad y existencia del Estado colombiano o de dignidad de representación internacional, que obligan a esta mayor severidad, debiéndose recalcar el atributo de soberanía que implica el sometimiento a la ley y que las sentencias penales colombianas no sufren restricciones ni toleran mengua o decaimiento. Es irrestricta y de un efecto totalizante e insoslayable. En estos eventos los demás países, por lo mismo que tales conductas podrían tener para ellos una menor significación, no suelen presentar idéntico interés de persecución ni igual dureza de tratamiento. Colombia en todo caso, parte del enunciado legal, plenamente explicable por las circunstancias dichas, de quedar satisfecha la protección de sus derechos de tan singular connotación sólo con las decisiones de sus propios tribunales”33.

En aplicación de tales criterios, se deduce que, teniendo en consideración los intereses jurídicos que están en juego -la seguridad y existencia del Estado colombiano, el régimen constitucional, el orden económico social, y la administración-, es viable aceptar que el principio del non bis in idem pueda tener restricciones respecto de sentencias proferidas en el exterior. Además, porque como bien lo anotó en su oportunidad la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión citada por esta Corporación en la Sentencia C-264 de 1995, con disposiciones de dicha índole se trata de alcanzar la efectiva protección de esos intereses jurídicos que podrían no ser protegidos en debida forma por jueces de países extranjeros

De otra parte como lo recuerda por su parte la vista fiscal, negar el valor de cosa juzgada a la sentencia extranjera, en el evento señalado en el artículo 16 numeral 2 de la ley 599 de 2000, es decir, respecto de los delitos cometidos por persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida en el derecho internacional y cometa delito en el extranjero , tiene fundamento no sólo en la especial relación de sujeción que existe entre el Estado y la persona que representándolo incurre en delito en el extranjero, sino además, en el reconocimiento por el derecho internacional de la inmunidad, que per se impide ser válidamente investigado por una autoridad del país extranjero.

En consecuencia, no prosperan los cargos formulados en relación con los apartes demandados de los artículos 16 y 17 de la Ley 599 de 2000 y, por tanto, se declarará la exequibilidad de las expresiones acusadas por dicho aspecto.

8. Consideraciones finales

Finalmente la Corte hace referencia a las peticiones del señor Viceprocurador (E) en relación con la declaratoria de exequibilidad condicionada del parágrafo del artículo 31, así como del inciso final del artículo 401 de la Ley 599 de 2000.

En relación con el parágrafo del artículo 31, el legislador ha previsto un factor modificador de los límites de la pena de naturaleza agravante y en el ha optado por disponer un incremento de la pena en una proporción determinada, esto es, en una tercera parte. El incremento de la pena en una proporción específica es una de las alternativas con que cuenta el legislador en ejercicio de su legítima capacidad de configuración. Bien pudo haber obrado en sentido diferente, por ejemplo agravando la pena en dos proporciones determinadas o hasta en una proporción determinada. De la norma cuestionada se infiere que el legislador optó por la

primera de esas alternativas teniendo en cuenta criterios político criminales que se enuncian en la exposición de motivos. Lo expuesto evidencia que optar por una u otra alternativa para fijar las reglas que han de regir la agravación de la pena, implica el ejercicio de la facultad de configurar delitos y penas que le asiste al Congreso. Siendo ello así la Corte no encuentra argumentos para afirmar que el legislador debió optar por una alternativa distinta de agravación de la pena.

En relación con el inciso final del artículo 401 la Corte advierte que allí se consagra una circunstancia de atenuación punitiva, en los casos de reintegro parcial del objeto del delito. Lo que hace la norma es ordenarle al juez que aplique un factor modificador de los límites de la pena de naturaleza atenuante en una proporción determinada. Es claro que la disposición apunta a que la discrecionalidad judicial opere entre unos límites inferiores a los de la pena prevista para el delito básico. Ello es racional, pues si bien el legislador debe procurar la imposición de una pena coherente con el menor contenido de injusticia de la conducta en razón del reintegro, tampoco puede forzar al juez a imponer una pena determinada. En ese sentido el reproche invocado carece de fundamento, pues la determinación judicial de la pena deberá hacerse entre esos nuevos extremos y teniendo siempre en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

I. 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:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 8 de la Ley 599 de 2000 por los cargos analizados en esta sentencia.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE la frase “aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana” contenida en el numeral 1° del artículo 16 de la Ley 599 de 2000.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el inciso 2º del artículo 17 de la Ley 599 de 2000.

Cuarto.- Declarar EXEQUIBLE la frase “aumentada en una tercera parte”,

contenida en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000 por los cargos analizados en esta sentencia.

Quinto.- Declarar EXEQUIBLE el segundo inciso del numeral 4º del artículo 32 de la Ley 599 de 2000.

Sexto.- INHIBIRSE para decidir de fondo sobre la expresión “residencia o morada” contenida en el inciso 1º del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, por ineptitud sustancial de la demanda.

Séptimo.- ESTAR A LO RESUELTO en la Sentencia C-177 de 2001, que declaró inexequible la frase “que actúe dentro del margen de la ley”, contenida en el artículo 101 de la Ley 599 de 2000.

Noveno.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 118 de la Ley 599 de 2000.

Décimo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 401de la Ley 599 de 2000.

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

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA V. SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-551/01

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Inexistencia (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente D-3137

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 8º (parcial), 16 numeral 1º (parcial), 17 inciso 2º (parcial), 31 parágrafo (parcial), 32 numeral. 4º inciso 2º (parcial), 38 inciso 1º

(parcial), 101 (parcial), 106, 118 (parcial) y 401 de la Ley 599 de 2000.

Las razones de mi salvamento parcial de voto se refieren al ordinal octavo de la parte resolutiva de la sentencia C-551 de fecha mayo 30 de 2001, mediante la cual la Corte decidió inhibirse para decidir de fondo sobre el artículo 106 de la ley 599 de 2000 por ineptitud sustancial de la demanda.

1. En mi sentir no existía ineptitud sustancial de la demanda, tal como lo expresé en la Sala Plena, pues se reúnen los requisitos previstos en el artículo 2 del Decreto Ley 2067 de 1991.

2. El hecho de no existir ineptitud de la demanda se confirma con el proyecto presentado inicialmente a consideración de la Sala, que no era de inhibición sino de fallo de fondo sobre el mismo tema.

Por los argumentos anteriores me separo de la decisión mayoritaria, ya que en mi sentir el fallo respecto de este ordinal no debió ser de inhibición sino de fondo.

Fecha ut supra,

Magistrado

1 Cabe anotar que esta Corporación se había declarado inhibida por razones similares en las sentencias C-519/98M.P. Vladmiro Naranjo Mesa y C-403/98 M. P. Fabio Morón Díaz en relación con demandas interpuestas por la misma demandante en este proceso.

2 Sentencia C-403/98 M.P. Fabio Morón Díaz Subrayas fuera de texto.

3 Sentencia C-543/96 M.P. Carlos Gaviria Diaz

4 Sentencia C-690/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero

5 Sentencia C-427/96 M.P Alejando Martínez Caballero.

6 Reiterada en la Sentencia C-330 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis

7 Sentencia C-485/00 M .P. José Gregorio Hernández Galindo

8 Sentencia C-565/98 M. P. José Gregorio Hernández Galindo

9 Ver Sentencias C-320/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-1109/00 M.P. Alvaro Tafur Galvis

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

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

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

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

14 Sentencia C-013/1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo :

15 Ibidem

16 Ibidem.

17 Sentencia C-530/1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero

18 Sentencia C-368/2000 M.P. Carlos Gaviria Diaz

19 Artículo 118. Parto o aborto preterintencional. Si 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, las penas imponibles según los artículos precedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad

20 Artículo 105 Homicidio preterintencional. El que preterintencionalmente matare a otro incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores disminuida de una tercera parte a la mitad.

21 En efecto, este cambio de denominación, así como la ubicación aparentemente asistemática de la disposición puede generar amplios debates doctrinarios sobre la voluntad del legislador, pero que en todo caso no ponen en peligro el principio de tipicidad a que está sometido el legislador en estas circunstancias.

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

23 Sentencia C-087/97 M.P. Fabio Morón Diaz

24 Sentencia C-1144/2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

25 Concepto del Señor Fiscal General de la Nación pag 32.

26 Idem.

27 De acuerdo con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución Nº47/133 del 18 de diciembre de 1992 ninguna orden o instrucción de autoridad pública, sea civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada, y en consecuencia, toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla (art. 6.1.). Y en relación con la tortura, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”, y sobre el tema específico de acuerdo al artículo 5 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, mediante Resolución 34/169, ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá, infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas

crueles inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza a la seguridad nacional o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. De otro lado, en relación con el genocidio figura la Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio, aprobada por Ley 28 de 1959.

Adicionalmente deben tenerse en cuenta en este campo una serie de normas de derecho internacional en relación con otros delitos en los que prima facie no cabe la obediencia debida como excusa. Así en relación con las ejecuciones arbitrarias o sumarias, la violación y actos de agresión sexual, y la mutilación, se debe señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Civiles y Políticos, así como los Convenios de Ginebra, artículo 3 común y Protocolo II, artículo 4;; Finalmente sobre el Apartheid, debe mencionarse la Convención sobre la Represión y el castigo del crimen de Apartheid. (Ley 26 de 1987).

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de junio de 1995, Rad. 9785, M.P. Carlos E. Mejía Escobar

29 Sentencia C-587/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

30Gaceta del Congreso Año VII No. 139 del jueves 16 de agosto de 1998 págs. 1-56

31 Sentencia T-162 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

32 Sentencia C-264 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz

33Sentencia C-264 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz