

Sentencia C-917/01

JURISDICCION ORDINARIA Y JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Relaciones y distinciones

SERVIDOR PUBLICO-Responsabilidad penal y administrativa

SERVIDOR PUBLICO-Distinción de responsabilidad penal de la administrativa

JURISDICCION ORDINARIA Y JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Distinción respecto de pronunciamientos de actos y contratos administrativos

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES-Razones históricas que originaron la consagración de conductas

PREVARICATO POR ACCION

PREJUDICIALIDAD EN CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES-Aplicación

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES EN PENAL-Cumplimiento del debido proceso

JUEZ ADMINISTRATIVO-Pronunciamiento sobre actos administrativos

TIPO PENAL EN BLANCO-Alcance

TIPO PENAL EN BLANCO-Reenvío normativo

TIPO PENAL EN BLANCO-Reenvío a acto de la administración/TIPO PENAL EN BLANCO-Reenvío a la ley

TIPO PENAL EN BLANCO-Reenvío claro e inequívoco

PREVARICATO POR ACCION-Descripción completa

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Validez de norma inferior frente a la Constitución

Referencia: expediente D-3375

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 146 y 149 del Decreto Ley 100 de 1980, Código Penal, y de los artículos 410 y 413 de la Ley 599 de 2000, nuevo Código Penal.

Actor: Luis Eduardo Montoya Medina.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil uno (2001)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano de la referencia demandó los artículos 146 y 149 del Decreto Ley 100 de 1980, Código Penal, y los artículos 410 y 413 de la Ley 599 de 2000, nuevo Código Penal.

Esta demanda fue inicialmente repartida por la Sala Plena de la Corte al magistrado Eduardo Montealegre Lynett, que manifestó estar impedido para conocer de este expediente. Por ello, la Sala Plena, en sesión del 14 de febrero de 2001, aceptó el impedimento, en la misma fecha, designó nuevo ponente y se reanudaron los términos, que se encontraban suspendidos.

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

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones demandadas y se subraya lo acusado.

“Decreto Ley 100 de 1980

Código Penal

“Artículo 146.- Modificado. Decreto 141 de 1980, artículo 1º; Ley 80 de 1993, artículo 57; Ley 190 de 1995, artículos 18 y 32. Contrato sin cumplimientos de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.

“Artículo 149. Modificado. Ley 190 de 1995, artículo 28. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta.

“Ley 599 de 2000

“Por la cual se expide el Código Penal

“Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

“Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.”

III. LA DEMANDA.

Considera el actor que los preceptos demandados violan los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 28, 29, 89, 113, 114, 115, 116, 121, 121, 122, 123, 150 numerales 1, 2, 23, 152 b), 209, 228, 230, 236, 237, 238, 243, 250 de la Constitución Política y el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Para explicar el concepto de violación de las disposiciones acusadas, el actor divide el tema así :

* Desconocimiento del fuero constitucional existente en relación con el acto administrativo y el contrato estatal, lo que implica violación del debido proceso.

* Carencia de tipicidad de los delitos de celebración indebida de contratos, en el trámite, en la celebración y en la liquidación y en el de prevaricato por acción.

Dada la extensión del escrito, se tratarán de resumir los argumentos de la acusación.

Sobre el primer punto, para el actor se desconoció el fuero constitucional existente en relación con el acto administrativo y el contrato estatal, pues, el juzgamiento de la ilegalidad de los actos administrativos sólo corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que resulta inexecutable que la declaración de ilegalidad, bajo la figura del delito de prevaricato o de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, lo realice la Fiscalía o el juez penal ordinario. Se viola, entonces, el principio de legalidad de los actos administrativos, contenido en las normas constitucionales, en especial, el artículo 29 de la Carta. Manifiesta que declarar la ilicitud, ilegalidad o nulidad del acto administrativo es una competencia constitucional que el legislador no puede desobedecer, ni alterar, ni compartir, ni siquiera tratándose de un hecho punible.

Estos principios contenidos en los artículos 234 y 235 de la Constitución, al decir del actor, fueron rescatados por la Corte Constitucional en las sentencias C-037 de 1996 y C-1436 de 2000.

Señala el demandante que, en principio, el argumento de que los hechos punibles cometidos en la contratación están atribuidos a la justicia ordinaria (fiscales y jueces penales) y no a la justicia contenciosa administrativa, es relativamente cierto, siempre y cuando no se trate de actos administrativos y contratos estatales, pues, en este caso se soslayaría el hecho de que el contrato estatal es por sí mismo la causa de los actos administrativos que, a su vez, también, se presumen ajustados a derecho y obligan, cuando son ejecutorios. Porque la presunción de legalidad de los actos administrativos únicamente se puede desvirtuar por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Se pregunta el demandante, respecto de los actos administrativos “¿cómo se puede discutir por los fiscales y los jueces penales su legalidad y la legalidad del contrato así ajustado entre la entidad estatal y el licitante vencedor, si la legalidad de los actos administrativos de la actuación administrativa contractual y del contrato se presume y, si su anulación únicamente la puede declarar la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no el Fiscal ni los jueces penales, puesto que no integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino la Ordinaria?”

La respuesta, al decir del actor, conduce necesariamente a la existencia de la violación al debido proceso de los textos demandados, principio establecido en el artículo 29 de la Constitución, que señala el respecto estricto del principio de legalidad, en cuanto a la carencia de tipicidad de la norma penal frente a la ley de contratación, que está consagrada en la Ley 80 de 1993. Si bien esta Ley consagra las reglas y principios a los que el ente estatal debe atenerse, sin embargo, no establece un procedimiento formal riguroso, sino pautas generales. Esta situación lleva al actor a preguntarse, también, ¿cuáles son respecto de los delitos de esta demanda, los requisitos legales esenciales, cuáles los legalmente accidentales y cuáles los legalmente naturales?, puesto que los delitos en mención sólo se cometen por violación de los requisitos legales esenciales, dejándose al criterio del funcionario judicial establecerlos a su amaño.

Esto lleva a afirmar al demandante que existe una prejudicialidad establecida por la Constitución que no puede ser desconocida por el legislador para conductas delictivas, como manifestación de la separación de los poderes.

Concluye que en observancia del principio de legalidad, el hecho punible sólo puede ser el

típico, antijurídico y culpable, lo que no ocurre con los artículos demandados. Peca, entonces, contra la previsión constitucional de exigir que el motivo o conducta punible esté previamente definido en la ley, el hecho de que el legislador, a través de las normas demandadas, autorice al funcionario penal estructurar los elementos fácticos de la pena. Es decir, a un funcionario distinto al que según la Constitución corresponde tal determinación, que es el contencioso administrativo.

IV. INTERVENCIÓN.

En este proceso intervino, en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, el doctor José Camilo Guzmán Santos, para defender la constitucionalidad de las normas acusadas. Se resumen así sus razones.

Señala que aunque la Ley 80 de 1993 no hace referencia expresa a los requisitos esenciales del contrato administrativo, la Ley remite a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, en el artículo 13 de la Ley. El Código Civil distingue en cada contrato lo que es de su esencia, de su naturaleza y lo accidental. Por ello, la inobservancia de los requisitos legales esenciales puede estar referida a la validez, a la existencia, a la eficacia o a la ejecución de los contratos, aspectos que deben ser tenidos en cuenta por el juez penal en cada caso particular.

Respecto del delito de prevaricato, pone de presente el interviniente que este delito se consuma cuando la resolución o dictamen se firma, sin importar que la providencia, posteriormente, sea revocada.

Por otra parte, en relación con los elementos normativos del tipo penal del prevaricato, figuran las expresiones resolución o dictamen, es decir, no hay limitación del alcance restrictivo del derecho administrativo, y quedan comprendidas las expediciones de decretos, resoluciones, autos, sentencias, etc., además, quedan comprendidos los dictámenes, que son las opiniones que dentro de un proceso judicial o administrativo emite un servidor público, las cuales pueden ser o no acogidos por el funcionario respectivo. Unido esto al hecho de que es elemento normativo del tipo penal, que la expresión sea manifiestamente contraria a la ley.

Respecto de la responsabilidad derivada de la actuación administrativa, el interviniente pone de presente el contenido del artículo 124 de la Constitución y la Ley 80 de 1993, artículo 51, que establecen que, en materia contractual, los servidores públicos responden disciplinaria, civil y penalmente. Tema sobre el que la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-004 de 1996. Cada uno de los regímenes de responsabilidad obedece a finalidades y objetivos diferentes y la naturaleza de las faltas y sanciones, también, difieren unas de otras.

Respecto de los principios de tipicidad y legalidad, el interviniente se remite al contenido del artículo 6 de la Constitución; lo mismo que a los artículos 28 y 29 de la Carta. Señala que la Constitución le confirió al legislador competencia para delimitar y definir la conducta que quiere individualizar para reprocharla con sanción criminal, con los siguientes elementos : sujetos, conducta y objeto. Por consiguiente, las conductas acusadas no pueden catalogarse como tipos penales en blanco o abiertos, como lo afirma el demandante, porque la conducta es completa ya que abarca lo indispensable para darle claridad al contenido del tipo.

Concluye el interviniente oponiéndose a la prosperidad de los cargos, así : “La justicia penal juzga y sanciona, en este caso, los delitos que se pueden cometer en el ejercicio de la función administrativa, al paso que la justicia administrativa conoce y juzga la actuación administrativa en sí misma, ya se manifieste a través de actos, hechos, omisiones u operaciones administrativas.”

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El señor Procurador General de la Nación, en el concepto Nro. 2515, del 17 de abril de 2001, solicitó a la Corte declarar exequibles los artículos 146 y 149 de la Ley 100 de 1980 y los artículos 410 y 413 de la Ley 599 de 200, respecto de los cargos de la demanda.

El señor Procurador considera que la acusación tiene dos aspectos centrales : de un lado, si la evaluación de los actos administrativos y los contratos estatales corresponde declararlos sólo a la jurisdicción contenciosa administrativa y, por el otro, si la forma como el legislador ha descrito los tipos penales desconoce el principio de la legalidad.

Sobre el primer aspecto, señala que la jurisdicción contenciosa y la penal ordinaria actúan conforme a dos regímenes jurídicos distintos y desde perspectivas, también, distintas. La primera con fundamento en los artículos 237 y 238 de la Constitución, y busca preservar la legalidad de los actos y contratos que celebren los organismos del Estado, al paso que la justicia penal está encaminada a proteger determinados bienes jurídicos que, en atención al interés social, merecen ser especialmente tutelados, con el fin de garantizar la moralidad y transparencia del ejercicio de la administración pública, artículo 209 de la Constitución. Para tal efecto, la justicia penal se ocupa de examinar e investigar las circunstancias en que se producen los actos administrativos y determinar la responsabilidad de las personas que intervienen en ellos.

Para explicar las diferencias entre una y otra jurisdicción, el señor Procurador señala : "... el núcleo esencial en el proceso penal es la verificación de la existencia de una infracción a la ley penal y la determinación de quienes son responsables de ella, es decir, en él, fundamentalmente, se realiza un juicio de responsabilidad del sujeto, más no de legalidad sobre el acto administrativo o contrato estatal, como sí lo hace la jurisdicción contenciosa, en donde mediante las acciones de nulidad se aborda directamente este estudio, cuyo objetivo central es determinar y declarar mediante providencia judicial la legalidad o no del acto de la administración, labor que, como lo indicó la Corte Constitucional (sentencia C-037 de 1996), es monopolio de la jurisdicción contenciosa, pues es ésta la única competente para declarar si un acto de la administración se ajusta a la ley o no, e incluso disponer la suspensión de sus efectos, por mandato expreso del artículo 238 de la Carta."

En consecuencia, dice el Procurador, es claro que el fiscal o el juez penal no pueden declarar la ilegalidad o nulidad del acto administrativo, pues, se impone el principio de obligatoriedad y presunción de legalidad del mismo, consagrado en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, y las declaraciones correspondientes las efectúa la jurisdicción contenciosa administrativa.

En cuanto a la descripción de los delitos de prevaricato por acción y el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, dice el Procurador que no hay violación del principio de legalidad porque, si ella existe cuando la ley penal, para su complementación, remite a una instancia extra penal o a otro sector del ordenamiento jurídico, en el prevaricato no se da esta situación. En el caso de la contratación sin cumplimiento de requisitos legales

esenciales, aunque se presenta la remisión, la conducta sí está tipificada. Explica sus razones así :

El prevaricato por acción no es un tipo penal en blanco, pues en su descripción está incluido el elemento normativo, que consiste en que haya manifiesta oposición entre la resolución o dictamen o concepto y la ley. Es decir, no hay que acudir a un ordenamiento extra penal.

Por el contrario, en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales sí hay remisión, por lo que sería un tipo penal en blanco. En esta conducta, el operador jurídico habrá de remitirse a otro ordenamiento extra penal, en donde se encontrarán los requisitos esenciales del contrato estatal de que se trata. Si bien la Ley 80 de 1993 no contiene el catálogo de los requisitos esenciales de todos y cada uno de los contratos que puede realizar el Estado, también es claro que para la determinación de los mismos debe acudirse a la normatividad civil y comercial por expresa remisión de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993. La legislación civil también establece cuáles son los elementos esenciales del contrato. Es decir, no queda a la discrecionalidad del funcionario judicial la determinación de los requisitos, sino que pueden establecerse por las disposiciones legales que reglamentan cada contrato.

Finalmente, señala el señor Procurador que la consagración de tipos penales en blanco es válida y aceptada constitucionalmente, siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar de manera clara e inequívoca, tal como lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-739 de 2000.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numerales 4 y 5, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas legales y decretos con fuerza de ley, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

2. Lo que se acusa.

A pesar de la extensión de los argumentos expuestos por el actor, son dos los cargos de la

demanda, que se pueden resumir así : el legislador violó la Constitución al atribuirles a los fiscales y jueces penales declarar la ilegalidad, nulidad o ilicitud de los actos administrativos, cuando adelantan, juzgan y deciden si el servidor público tramitó un contrato administrativo sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales, o si profirió resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, pues, declarar tal ilegalidad, nulidad o ilicitud corresponde únicamente al juez contencioso administrativo, por disposición constitucional. En esta clase de delitos, la justicia penal, sólo adquiere competencia para conocer de la conducta delictiva cuando exista la declaración correspondiente del juez contencioso administrativo. Es decir, se está ante una prejudicialidad, que si no se respeta, viola el ordenamiento jurídico, y todos los artículos constitucionales que el actor menciona en su demanda : artículos 1, 2, 3, 4, 6, 28, 29, 89, 113, 114, 115, 116, 121, 121, 122, 123, 150 numerales 1, 2, 23, 152 b), 209, 228, 230, 236, 237, 238, 243, 250 de la Constitución Política y el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Dice que el legislador no tiene facultad constitucional para desquiciar tal ordenamiento jurídico, atribuyéndole competencia jurisdiccional a quien, según la Constitución, no la tiene.

El otro cargo, que está directamente relacionado con lo anterior, consiste en que según el actor las conductas delictivas demandadas son tipos penales en blanco, lo que viola el principio de legalidad, consagrado en los artículos 28 y 29 de la Carta.

Expuestos de esta manera los cargos, se analizarán siguiendo este mismo orden : competencias de la jurisdicción contenciosa administrativa y la jurisdicción penal ordinaria; y, si se está frente a tipos penales en blanco.

Tercero. Competencia de los fiscales y los jueces penales y competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa. Diferencias entre las jurisdicciones, en cuanto a los pronunciamientos relativos a actos y contratos administrativos.

Son distintas las órbitas en que se mueven la justicia ordinaria y la contenciosa administrativa, aunque en ambas jurisdicciones, el bien protegido está relacionado con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Estos fines, según el artículo 2 de la Constitución, son : “Son fines esenciales del Estado : servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los

afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y al vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Para lo que interesa en esta demanda, referida a la responsabilidad penal del servidor público, respecto de los delitos contra la administración pública, hay que recordar que su base constitucional se encuentra en los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta, así : “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (...)”

Otros artículos constitucionales, de una u otra manera, propenden para que el servidor público sea la herramienta eficaz que permita el cumplimiento de los fines esenciales del Estado social de derecho, pues, en la medida en que ellos se realicen, se asegura la convivencia pacífica y un orden justo.

Cuando el servidor público no sólo deja de ser la herramienta eficaz para el logro de los fines, sino que, mediante actuaciones que no cumplan los principios enunciados de “de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (art. 209 de la Carta), nace para el Estado el derecho de controlar, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, tanto el acto o contrato administrativo en que quedó plasmada la actuación del servidor público en violación de los fines últimos del Estado, como su responsabilidad desde los demás ámbitos, penal, civil, disciplinario, laboral.

Ya el Consejo de Estado había analizado estas relaciones y diferencias entre ambas jurisdicciones. Es pertinente transcribir apartes de la sentencia de la Sección Tercera, de fecha 17 de marzo de 1994 :

“Es por ello que el tratamiento que se da en uno y otro caso difiere, por ejemplo, en cuanto a las disposiciones legales aplicables. Así, mientras las normas penales regulan el

comportamiento personal del funcionario sindicado y su juzgamiento se somete al ordenamiento procesal penal, las normas y principios que rigen la responsabilidad extracontractual de la administración se aplicarán en el caso de que se presente una falla en el servicio que a aquella le corresponde prestar. Así las cosas, es fácil comprender que según la conducta del funcionario y las circunstancias mismas del hecho, las disposiciones que se aplican en cada caso son diferentes. La actuación penal del agente la rige el Código Penal, en tanto que la actuación de la administración la regula el ordenamiento administrativo. Obviamente, de ese distinto tratamiento normativo dimana el que, por norma general, no se presente prejudicialidad de la decisión penal en el fallo administrativo y que, consecuentemente, se presenten casos en los que a pesar de existir una sentencia penal absolutorio, se dé respecto de los mismos hechos un fallo administrativo condenatorio, o viceversa. (...)

“Así mismo, debe diferenciarse la responsabilidad penal del agente que es el tema de decisión en el proceso penal, de la responsabilidad administrativa que es materia de definición en el contencioso administrativo, dado que en aquella, la penal, el proceso asume las secuelas punitivas del hecho criminoso, en tanto que, en la segunda, al ser demandada, corresponde a la administración afrontar las consecuencias patrimoniales de la falla en la prestación de los servicios, responsabilidad que surge independientemente de la existencia y sanción del hecho punible.

“Se distingue igualmente la responsabilidad penal de la administrativa, en cuanto la primera nace de la violación dolosa o culposa de una norma penal, mientras que la segunda surge de un hecho dañoso ejecutado por el Estado, el que puede o no ser constitutivo de una conducta penalmente reprochable. También se traslada esa diferenciación en cuanto al manejo probatorio de cada tipo de responsabilidad, si se tiene en cuenta que la responsabilidad penal no se presume, como sí se presume la inocencia, y que es imperativa su plena demostración, en tanto que la responsabilidad extracontractual administrativa, sí es susceptible de presunciones, hasta el punto de que en muchos casos es suficiente acreditar el hecho dañoso imputable a la entidad, el perjuicio y el nexo causal para declarar la responsabilidad estatal.

“Pero además de lo anterior, observa la Sala que no siempre son las mismas partes las que intervienen en cada uno de los procesos y en este punto también difieren la acción penal de la administrativa. Mientras que en la actuación penal intervienen el procesado, el defensor, el Ministerio Público y la Parte Civil cuando a bien lo tienen los perjudicados o la ley lo permite, en el proceso administrativo intervienen los pretendidos damnificados generalmente como demandantes y el ente público como demandado, con participación ahora más restringida del Ministerio Público. (Radicación 8585, de fecha 17 de marzo de 1994, Sección Tercera, Consejero Ponente, doctor Daniel Suárez Hernández)

Cuarto. Razones históricas que llevaron al legislador a consagrar como delitos contra la administración pública algunas conductas del servidor público.

Resulta pertinente remitirse, muy brevemente, a las razones que originaron que algunas conductas del servidor público, en especial, referidas a la contratación sin cumplimiento de requisitos legales, fueran elevadas por el legislador a la categoría de delitos, pues, el demandante acusa que el Congreso no tiene competencia para establecer las conductas demandadas en la forma como quedaron consagradas en el Código Penal.

Las razones para establecer la celebración indebida de contratos como un delito tipificado se remonta al legislador de 1936. Antes de aquella fecha, como lo recuerda Alfonso Gómez Méndez en el libro “Delitos contra la administración pública”, no había un capítulo especial para esta clase de delitos, pues, en tal época, eran pocos los contratos que celebraba el Estado y su cuantía no era significativa. Pero, cuando la actividad del Estado en esta materia aumentó, debido, en especial, al incremento de las obras públicas y al desarrollo de actividades en el campo de las comunicaciones, en la prestación de servicios en salud y educación, etc., se abrió el camino no sólo para que se formara una rama independiente del derecho administrativo, que es la contratación administrativa, sino para que la justicia ordinaria penal, adquiriera competencia para conocer de las conductas en que ha podido incurrir el funcionario o empleado público que intervino en la celebración del contrato administrativo y si, en abuso de sus cargos, sacaban ventajas de ella, bien fuera para favorecerse a sí mismo o a terceros.

El legislador de 1936 zanjó la discusión y elevó a delito la conducta, así :

“Artículo 162. El funcionario o empleado público, que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación pública, en la liquidación de efectos o haberes públicos, o en el suministro de los mismos, se concertare con los interesados o especuladores para obtener determinado resultado, o usare de cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión de uno a ocho años” (Código Penal de 1936). En el artículo 167 del mismo Código, la conducta también comprende al “funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, incurrirá (...)”

La forma como quedaron redactadas estas normas fueron objeto de numerosas críticas. Por ello, quienes trabajaron en los anteproyectos encaminados a modificar el Código Penal de 1936 (modificación que culminó con la expedición del Decreto Ley 100 de 1980), realizaron los primeros intentos para que estas conductas ocuparan un capítulo propio en el Código, y que se denominara “negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.” Así quedó establecido y el capítulo trae tres modalidades de delitos: 1- violación de régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (art. 144); 2- interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145); y, 3- para lo que interesa en este caso, el artículo 146 : “contrato sin cumplimiento de requisitos legales.” En el nuevo Código Penal, el Capítulo IV se denomina “De la Celebración indebida de contratos”.

Se observar que al artículo 146 mencionado, la Ley 80 de 1993, Estatuto de contratación en la administración pública, artículo 57; y la Ley 190 de 1995, Ley conocida como anticorrupción, artículos 18 y 32, le han introducido modificaciones. En tal virtud, el artículo quedó así:

“Artículo 146.- Modificado por la Ley 80 de 1993, artículo 57 y la Ley 190 de 1995, artículos 18 y 32. Contrato sin cumplimientos de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.

Cabe señalar que el nuevo Código Penal, en el artículo 410, también aquí demandado, está consagrado el mismo delito, con la diferencia de que suprimió la expresión “y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero.”

En cuanto al prevaricato por acción, artículo 149, lo mismo que en el caso anterior, también fue modificado por la Ley 190 de 1995, y está establecido en el nuevo Código Penal, en el artículo 413, al que se le introdujo la expresión “concepto”, que no tiene el artículo 149 en su estructura y se aumentó el valor de la multa. El prevaricato por acción establece que “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto (este último término en el nuevo Código Penal) manifiestamente contrario a la ley, incurrirá ...”

Volviendo al cargo inicial contra estos artículos, lo que acusa el demandante consiste en que el juez ordinario penal, fiscal o juez, sólo adquiere competencia para iniciar las investigaciones penales correspondientes contra el servidor público, al que se le acusa de haber incurrido en esta clase de conductas, cuando la jurisdicción contenciosa administrativa ha declarado la ilegalidad, nulidad absoluta o ilicitud del contrato, resolución, dictamen o concepto, pues, según su argumento, es la única jurisdicción a la que la Constitución le atribuye tal facultad. Realmente, tal como lo afirma el actor en uno de los apartes de la demanda, lo que pretende, es que la Corte determine que se está frente a una verdadera circunstancia de prejudicialidad, ya que los delitos demandados no son autónomos.

La Corte no duda en afirmar que no le asiste razón al actor en su acusación. Tal como se dijo, las ópticas en que la jurisdicción contenciosa administrativa y la penal examinan esta clase de asuntos, es distinta, y sus decisiones son, también, distintas. El juez contencioso examinará los documentos correspondientes y hará las declaraciones del caso, de nulidad, ilegalidad, ilicitud. La jurisdicción ordinaria penal, en esencia, realiza un juicio de responsabilidad del servidor público, y en la sentencia declara la responsabilidad penal del investigado o acusado. Las conclusiones en uno y en otro caso pueden finalizar en forma armónica o complementaria, o en forma totalmente diferente. Por ejemplo, cuando el juez contencioso declara la nulidad de un contrato por no contener los requisitos esenciales, pero el juez penal decide en la sentencia que no hay responsabilidad penal del sujeto activo calificado (el servidor público), porque no se probó que existiera el ánimo de obtener un provecho para sí, para el contratista o para un tercero, como lo exige el artículo 146 del Decreto 100 de 1984.

Otro ejemplo sencillo, que prueba la independencia de las decisiones en una y otra jurisdicción, está en el examen de que los términos de caducidad con los que trabaja la jurisdicción contenciosa administrativa y el término de prescripción, en materia penal. Esta diferencia puede conducir a que si bien la jurisdicción contenciosa administrativa se inhiba de pronunciarse sobre la legalidad o nulidad de un determinado acto o contrato administrativo, por haber operado el fenómeno de la caducidad, la jurisdicción ordinaria penal tiene un término de prescripción de la acción mucho más amplio que, en el caso del servidor público adquiere importancia, pues frente a esta clase de sujetos, el artículo 82 del Código Penal establece que el término de prescripción se aumentará en una tercera parte al señalado para las infracciones perpetradas por los particulares.

Es por ello que, una interpretación como la que pretende el actor, conduciría, en la mayoría de los casos, a la impunidad de los tipos penales examinados, y desconocería la cláusula general de competencia del legislador, que se expresa en plasmar en leyes lo que en un momento determinado considera que adquiere importancia en el cumplimiento de los fines del Estado, siempre y cuando estas leyes no vulneren por sí mismas la Constitución. En los casos bajo estudio, se observa que el legislador ha querido impedir el crecimiento del fenómeno conocido en el lenguaje común como corrupción, y ha optado por establecerlo como delito autónomo, es decir, sin que se requiera un pronunciamiento previo de otra jurisdicción, y ha señalado unas penas determinadas. En los casos concretos, en nada viola la Constitución el ejercicio de esta competencia por parte del Congreso, y más bien, entender los artículos de otra forma, sería ni más ni menos, la patente de corso para que el servidor público, responsable del delito, esgrimiera a su favor el argumento de la prescripción para evadir las consecuencias penales de su actuación.

Lo anterior no significa que cuando el fiscal o juez penal, dentro de la investigación de los procesos por los delitos de contratación sin requisitos legales esenciales o prevaricato por acción, no pueda aplicar la prejudicialidad, en los términos y con los efectos establecidos en el artículo 153 del actual Código de Procedimiento Penal, y dentro de las atribuciones que la ley confiere al funcionario penal para la tramitación del proceso correspondiente. Basta leer lo que dice este artículo :

No obstante, si transcurrido un (1) año desde la oportunidad para proferir calificación no se hubieren decidido definitivamente las cuestiones que determinaron la suspensión, se

reanudará la actuación.”

Cabe mencionar que esta Corporación, en reciente sentencia, C-816 de 2001, declaró exequible esta norma, en demanda en que es actor el mismo ciudadano de la objeto del presente pronunciamiento. La Corte consideró que no desconoce la Constitución el que se permita la suspensión de un proceso si existen cuestiones por resolver en otro proceso, y tampoco viola la Constitución el hecho de que se retome el proceso, si pasado el término estipulado en la norma no hay decisión definitiva.

También conviene recordar lo que la Corte Suprema de Justicia ha señalado respecto del sentido de la prejudicialidad y la competencia del juez penal, lo siguiente :

“Cuando la cuestión prejudicial al proceso penal es al mismo tiempo elemento configurativo del delito investigado y el juicio civil, laboral o administrativo que pretende resolverla de manera definitiva se hubiese iniciado después de cometido el hecho punible y no antes, el juez penal goza de plena competencia para decidir cuestiones extrapenales atinentes a la tipicidad del hecho, sin necesidad de suspender la calificación del sumario a la espera de una decisión por parte de otra jurisdicción...” (subraya del texto. Sentencia de casación 10 de noviembre de 1992, M.P. Jorge Carreño Luengas, Rad. N° 6484).

El Consejo de Estado, en la sentencia de la que se transcribieron apartes, sobre la prejudicialidad, dijo :

“En primer término, cabe recordar que como principio general la jurisprudencia de la Sección ha establecido que en cuanto se trate de responsabilidad administrativa fundada en una falla del servicio que derive de una conducta penalmente reprochable de un funcionario, la sentencia que decida sobre esa conducta no constituye necesariamente prejudicialidad forzosa para efectos de decidir acerca de la acción contencioso administrativa.

“Tal entendimiento de la cuestión obedece a que entre una y otra acción, la penal y la administrativa, se presentan radicales diferencias en su contenido, filosofía, sujetos afectados, regulación legal y procedimental, sin desconocer, desde luego, que en la mayoría de los casos las sentencias penales inciden de manera muy importantes en los fallos que profiere la jurisdicción contencioso administrativa.” (Radicación 8585, de fecha 17 de marzo de 1994, Sección Tercera, Consejero Ponente, doctor Daniel Suárez Hernández)

Queda, entonces, claro que el legislador no ha invadido competencias exclusivas de la jurisdicción contenciosa administrativa, y que, por el contrario, ha previsto la forma como debe actuar el fiscal o el juez penal cuando está pendiente una decisión judicial. Estudiadas, en forma completa y armónica, las disposiciones del Código Penal y del de Procedimiento, y no en forma aislada, para atribuirles un contenido que no tienen, la Corte considera que no hay violación al debido proceso, por una parte, y tal como están estructurados los artículos, ellos se encaminan a que se haga realidad un orden justo, al permitir que se sancionen, en debida forma, estas conductas del servidor público.

No sobra advertir, que en la investigación penal correspondiente, debe garantizársele al servidor público el cumplimiento del debido proceso. Y que sólo, examinado el caso concreto por el funcionario competente en la investigación individual, es posible al encartado alegar la violación del mismo, si no se ha aplicado, por ejemplo, la prejudicialidad a su caso, y ésta era procedente. Pero, de ninguna manera, es facultad de la Corte Constitucional hacer un pronunciamiento general al respecto, desde el examen de constitucionalidad de normas como las estudiadas, que no tocan directamente el asunto, pues, se trataría, ni más ni menos, de que la Corte legislara al respecto.

En conclusión, el cargo examinado sobre el presunto establecimiento en cabeza de la justicia ordinaria penal para declarar la nulidad, ilegalidad o ilicitud de un acto o contrato administrativo, no prospera, porque ello no establecen los artículos demandados, ni se puede deducir de sus contenidos normativos.

Sobre este punto, sólo resta mencionar que las sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 1996 y C-1436 de 2000, mencionadas por el actor para apoyar sus argumentos, contribuyen, al contrario de lo por él afirmado, a precisar el sentido de la presente sentencia, en materia de competencias de las distintas jurisdicciones. Además, concretamente, la sentencia C-1436 concluyó que es el juez contencioso administrativo, y no los particulares, el que tiene competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales. Asunto diametralmente distinto al aquí examinado.

El cargo contra las normas demandadas es general. Afirma el actor que los delitos acusados son tipos penales en blanco y que esta circunstancia viola el principio de legalidad

establecido en los artículos 28 y 29 de la Constitución.

La jurisprudencia consolidada de la Corte está encaminada a señalar que si bien la regla general consiste en que el tipo penal cuente con una descripción completa de la conducta objeto de sanción, también es posible, a nivel excepcional, que dada la naturaleza de la conducta que se quiere reprimir, el legislador considere necesario que exista reenvío normativo, siempre y cuando tal remisión sea clara e inequívoca. Es decir, que no quede al arbitrio de la autoridad penal, la creación del tipo, ni expuesto el procesado a una arbitrariedad de la autoridad del Estado, por la ambigüedad en la descripción de la conducta considerada como delito. Por ello, al contrario de lo afirmado por el demandante, la mera existencia de un tipo penal en blanco, no hace per se inconstitucional la disposición legal. Las providencias de la Corte que se han ocupado de esta clase de normas son, entre otras, las sentencias C-559 de 1999, C-739 de 2000, C-1490 de 2000, C-333 de 2001.

Resulta pertinente citar apartes de estas providencias, en lo que hace relación a la constitucionalidad, bajo determinadas circunstancias, de los tipos penales en blanco:

En la sentencia C-559 de 1999, la Corte señaló que “Los tipos penales en blanco son a veces criticados por algunos sectores de la doctrina que consideran que no representan la mejor técnica legislativa y generan inseguridad jurídica, lo cual es particularmente grave en materia penal. Sin embargo, esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente.” (M.P., doctor Alejandro Martínez Caballero)

En la sentencia C-739 de 2000, se expresó que existe validez constitucional de la existencia del tipo penal en blanco “siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar, de manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa.” (sentencia C-739 de 2000, M.P., doctor Fabio Morón Díaz).

Concepto reiterado en la sentencia C-404 de 2001, al analizar la Corte la existencia de infracciones en materia disciplinaria incompletas y las normas penales en blanco. En esta sentencia se señaló : “Por lo tanto la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones,

órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria.¹ Esta forma de definir la tipicidad a través de normas complementarias, es un método legislativo que ha sido denominado el de las normas en blanco. Estas consisten en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras. Sobre los tipos en blanco, la Corte ha dicho esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente.” (M.P., doctor Gerardo Monroy Cabra)

En reciente sentencia, esta Corporación tuvo la oportunidad de profundizar en esta clase de reenvío, cuando éste remite a un acto administrativo, como es la Resolución de la Superintendencia Bancaria, mediante la cual se certifica la tasa de interés cobrada por los establecimientos bancarios, en el delito de usura. Acusación que, en aquella oportunidad constituía el cargo de fondo dada la remisión expresa de la norma a tal certificación. La Corte consideró que “no obstante que, en principio, no es opuesta a la Constitución la posibilidad de que por el legislador se expidan tipos penales en blanco que, como en este caso, remitan a un acto administrativo, -la Resolución de la Superintendencia Bancaria mediante la cual se certifica la tasa de interés cobrada por los establecimientos bancarios para los créditos ordinarios de libre asignación-, esa posibilidad debe apreciarse en concreto con el propósito de que se mantenga la intangibilidad del principio de legalidad en materia penal.” (sentencia C-333 de 2001). Explicó, además, esta providencia:

“La norma acusada establece como referente para el delito de usura un hecho actual, como es el interés que estén cobrando los bancos, pero, en la medida en que el mismo es un concepto indeterminado, dispone que para fijarlo con carácter vinculante, se acuda a la certificación de la Superintendencia, la cual, por su propia naturaleza, no puede versar sino sobre un período anterior. Esta opción del legislador exige que la certificación de la Superintendencia se realice de manera periódica y con una frecuencia tal que permita razonablemente establecer una continuidad entre el período base para la certificación y el período de vigencia de la misma, sin que, por este concepto quepa hacer un pronunciamiento de constitucionalidad o expedir un fallo con efecto modulado, en la medida

en que el legislador dejó a las autoridades administrativas la determinación de la periodicidad de las certificaciones y por consiguiente de la frecuencia que deben tener las mismas para que se conserve la voluntad legislativa de vincular la conducta punible a las condiciones de mercado imperantes en el momento de su realización.

“Por las anteriores consideraciones encuentra la Corte que los cargos de la demanda no están llamados a prosperar, en la medida en que, en todo momento los operadores económicos están en condiciones de conocer el interés que están cobrando los bancos, según la fijación previa y precisa que del mismo haya realizado la Superintendencia Bancaria al expedir certificación sobre el interés que han cobrado en el período anterior.

“Estima la Corte necesario precisar, por otra parte, que no obstante que, en principio, no es opuesta a la Constitución la posibilidad de que por el legislador se expidan tipos penales en blanco que, como en este caso, remitan a un acto administrativo, -la Resolución de la Superintendencia Bancaria mediante la cual se certifica la tasa de interés cobrada por los establecimientos bancarios para los créditos ordinarios de libre asignación-, esa posibilidad debe apreciarse en concreto con el propósito de que se mantenga la intangibilidad del principio de legalidad en materia penal.

“Así, en el presente caso, resulta claro que dada la mutabilidad del entorno económico y financiero, el legislador ha estimado necesario, para la defensa del interés jurídico que se intenta proteger con el tipo de la usura, atribuir a las autoridades administrativas la potestad de complementarlo y para ese efecto les otorga un cierto margen de apreciación.” (sentencia C-333 de 2001, M.P., doctor Rodrigo Escobar Gil).

En el delito de usura obsérvese que el reenvío se hace a un acto de la administración, en concreto, de la Superintendencia Bancaria. En los artículos objeto de la demanda bajo estudio, el reenvío se hace directamente a la ley.

Como primera conclusión, al repasar estas providencias, se tiene que la sola existencia de un tipo penal en blanco no hace inconstitucional la norma. En consecuencia, el examen de constitucionalidad que a continuación hará la Corte se encaminará a determinar si las disposiciones demandadas, en el reenvío que hacen, se produce de manera clara e inequívoca.

a) El artículo 410 de la Ley 599 de 2000, al igual que el artículo 146 del Código Penal anteriormente vigente, describe como conducta delictual el tramitar contratos sin observación de los requisitos legales esenciales, o la celebración o liquidación sin verificar el cumplimiento de los mismos, razón ésta por la cual habrá de acudirse, en cada caso, a la norma legal vigente, en cuanto al establecimiento de tales requisitos en cada uno de los distintos tipos de contrato. De esta forma se integra la normatividad vigente para la aplicación de la conducta considerada por la ley como delito, con lo cual, el procesado tiene conocimiento de cuáles son los requisitos legales esenciales de tales contratos, sabe que su inobservancia constituye una conducta punible, ya sea al tramitarlos o en la celebración o al liquidarlos, y puede ejercer a plenitud su derecho de defensa, con lo que se da estricto cumplimiento a los artículos 28 y 29 de la Constitución.

Así las cosas, el cargo formulado no puede prosperar, por cuanto no se quebranta el principio de legalidad.

b) En cuanto al prevaricato por acción descrito como conducta delictual tanto en el artículo 149 del Código Penal anterior, como en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, encuentra la Corte que la conducta está descrita de manera inequívoca por el legislador, pero ella requiere que se haya proferido una resolución, dictamen o concepto que resulte contrario a la ley, de manera manifiesta, lo que indica claramente que esa conducta constitutiva de delito tiene como referente necesario a la ley, en cada caso concreto, para comparar, luego, la actuación del servidor público al emitir la resolución, dictamen o concepto, de lo que podrá concluirse, por parte del funcionario penal competente, si se ajustó a la ley, o si la quebrantó, y si esa violación, en caso de existir, resulta manifiesta, es decir, ostensible.

Sobre este punto, es pertinente transcribir un aparte de una sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 19 de diciembre de 2000, en que analizó el contenido del artículo 146 del Código Penal, y señaló que la conducta juzgada objetivamente es típica, para ello, partió del examen de los artículos constitucionales y legales a los que remite la disposición, y resumió el resultado del estudio así:

“La conclusión, entonces, es obvia : dentro de la definición del artículo 146 del Código Penal, están materialmente incorporados también como componentes suyos y por encima de los demás, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que las

exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas.” (proceso 17088, de 19 de diciembre de 2000, M.P., doctor Alvaro Orlando Pérez Pinzón)

No puede, entonces, aceptarse la acusación de vaguedad e imprecisión, que resultaría en desmedro de la garantía de legalidad, sino que, ha de concluirse que, a contrario de lo sostenido por el demandante, esa garantía de la descripción del delito de prevaricato por acción, sí se ha cumplido a plenitud. En lo esencial, la conducta objeto del reproche jurídico penal ha sido descrita por la ley. Es decir, lo que constituye el propio núcleo de la conducta delictiva es conocida por los destinatarios de la ley penal y por los funcionarios encargados de aplicarla, al igual que las sanciones respectivas fueron previstas para cada uno de estos delitos por la ley.

Obsérvese, entonces, que respecto de las normas acusadas como presuntamente inconstitucionales, el principio de legalidad, en cuanto exige que no pueda existir delito sin ley que lo defina, ni pena sin ley que la determine, no ha sido desconocido en este caso por el legislador.

Por ello, no asiste razón al demandante sobre el presunto quebrantamiento de la reserva de la ley, al regular los delitos a que se refieren las normas acusadas, pues tanto el Código Penal anteriormente vigente como el actual (Decreto Ley 100 de 1980 y Ley 599 de 2000), se ocuparon expresamente de ellos, con absoluta claridad y precisión.

La Corte declarará la exequibilidad de los preceptos acusados en razón de los cargos esgrimidos.

El control de constitucionalidad, como es suficientemente conocido, no se refiere a la vigencia de las normas jurídicas de rango inferior, sino a su validez frente a la Constitución. Es claro para la Corte que el Código Penal anteriormente vigente, en su integridad, fue derogado por la Ley 599 de 2000. No obstante, como puede ocurrir que existan procesos penales en curso, donde hubiere sindicados o procesados por los delitos a los que se referían los artículos 146 y 149 del Decreto Ley 100 de 1980, y que en virtud de tales normas fueron objeto de acusación como inconstitucionales, la Corte se pronunciará expresamente sobre ellas, sin perjuicio de que los funcionarios competentes, si es del caso, den aplicación a las normas de favorabilidad en materia penal.

VII. DECISION.

RESUELVE :

Declarar exequibles los artículos 146 y 149 del Código Penal del Decreto ley 100 de 1980 y 410 y 413 de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”, por los cargos examinados.

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA V. SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, HACE CONSTAR:

Que los H. Magistrados Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett, no firman la presente sentencia por aceptación de impedimento.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-917/01

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL DELITO-Vulneración/CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES-Vulneración de la legalidad del delito (Salvamento de voto)

TEORIA DE LOS CONTRATOS-Elementos esenciales (Salvamento de voto)

TIPO PENAL-No definición de requisitos legales (Salvamento de voto)

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Derogación de norma (Salvamento de voto)

PRINCIPIO TEMPUS REGIT ACTUS-Alcance (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-3375

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 146 y 149 del Decreto Ley 100 de 1980, Código Penal, y de los artículos 410 y 413 de la Ley 599 de 2000, nuevo Código Penal.

Las razones por las cuales salvo el voto están relacionadas con dos aspectos, que trataré separadamente; el primero tiene que ver con el delito de contratos por incumplimiento de los requisitos legales y el segundo relacionado con la técnica del control de constitucionalidad que se utilizó.

1. Contratos sin cumplimiento de los requisitos legales.

Considero que tanto el artículo 146 del anterior Código Penal, como el artículo 410 del nuevo Código es una norma que viola el principio de legalidad de los delitos exigidos por la Constitución, ya que no define cuales son los requisitos esenciales del contrato y deja en manos del juez la determinación de esos requisitos esenciales; pudiendo un juez considerar que en un caso unos son los requisitos esenciales y otro juez en otro caso, podrá considerar respecto de un mismo contrato, que son otros los requisitos legales esenciales.

Como quiera que el tipo penal no define lo que son requisitos legales esenciales, esa indeterminación puede atentar contra la libertad de los ciudadanos.

1. Técnica del control de constitucionalidad que se utilizó.

Como se puede observar en este caso al momento de proferir el fallo ya no estaban vigentes los artículos 146 y 149 del anterior Código Penal y en consecuencia respecto de esos artículos el fallo debió ser inhibitorio, por sustracción de materia y no de exequibilidad como lo profirió la Honorable Corte Constitucional. De aceptar que la Corte tenga que pronunciarse sobre normas derogadas, con el argumento de que esas normas pueden estar produciendo efectos, respecto de los casos ocurridos bajo su vigencia, se está en mi sentir confundiendo fenómenos jurídicos diversos. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la denominada, en la Teoría del Derecho, ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las

normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.

No se necesitaba, entonces, declaratoria de exequibilidad de normas derogadas, para dejar a salvo el principio de “Tempus regit actus” o a salvo de la ultractividad de las normas jurídicas.

De seguir el mal ejemplo de pronunciarnos sobre normas derogadas, deberíamos pronunciarnos también sobre otras normas anteriores ya derogadas; por ejemplo en el caso del Código Penal deberíamos pronunciarnos también sobre el Código Penal de 1936 o sobre el Código anterior a éste, el de 1890, o sobre las normas penales existentes al momento de la independencia o sobre las leyes de indias que rigieron en nuestro territorio y por esa vía terminaríamos pronunciándonos sobre la ley de las siete partidas del rey de España Don Alfonso X El Sabio.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

1 Cf. Ossa Arbeláez, Jaime Derecho Administrativo Sancionador Ed. Legis Bogotá 2000 pág. 273