

Sentencia C-053/18

REGIMEN DISCIPLINARIO ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Régimen disciplinario especial, tanto en materia sustancial como procesal, distinto del régimen común reconocido para el juzgamiento de faltas disciplinarias cometidas por el resto de los servidores públicos del Estado

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Indicación precisa del objeto demandado, el concepto de violación y la razón por la cual la Corte Constitucional es competente

El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos que deben contener las demandas en los procesos de control de constitucionalidad. Específicamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición determinada debe precisar: el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. La concurrencia de los tres requerimientos mencionados hace posible un pronunciamiento de fondo.

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

En cuanto al concepto de la violación, la jurisprudencia ha sido constante en manifestar que los argumentos de inconstitucionalidad que se prediquen de las normas acusadas deben ser claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ciertos, pues la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; específicos, en la medida que el ciudadano precise la manera como la norma acusada vulnera la Constitución y formule al menos un cargo concreto; pertinentes, ya que el reproche debe fundarse en la apreciación del contenido de una norma superior que se explica y se enfrenta con la norma legal acusada, más no en su aplicación práctica; y suficientes, por cuanto el demandante debe exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio y éstos deben generar alguna duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

CONTROL INTEGRAL DE CONSTITUCIONALIDAD-No tiene un alcance general, absoluto e

incondicionado

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia de pronunciamiento sobre nuevo cargo presentado por interviniente

REGIMEN DISCIPLINARIO ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Diferencia específica frente al régimen general

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN REGIMEN DISCIPLINARIO ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Fundamento

REGIMEN DISCIPLINARIO ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Faltas que comprende

REGIMEN DISCIPLINARIO ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-Sólo puede incluir faltas relacionadas directamente con la función militar

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD EN NORMAS PENALES-Jurisprudencia constitucional

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Juicio o test de igualdad

TEST DE IGUALDAD-Elementos

JUICIO DE IGUALDAD-Modalidades según grado de intensidad/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Aplicación del test leve, mediano o estricto

JUICIO DE IGUALDAD LEVE-Criterios

FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Organización jerárquica no idéntica/FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Distinción en funciones/FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Distinción en estructura y organización

Referencia: Expediente D-11918

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 146 de la Ley 836 de 2003, “Por la cual se expide el reglamento del régimen disciplinario de las fuerzas militares”

Demandantes: José Manuel Díaz Soto y Juan José Gómez Urueña

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, José Manuel Díaz Soto y Juan José Gómez Urueña presentaron ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 146 de la Ley 836 de 2003, “por la cual se expide el reglamento disciplinario de las Fuerzas Militares”, por considerar que vulnera el artículo 13 de la Constitución.

La demanda fue admitida mediante auto del 17 de febrero de 2017[1], providencia en la que además se ordenó: (i) fijar en lista la norma acusada para garantizar la intervención ciudadana; (ii) correr traslado al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia; (iii) comunicar a las autoridades pertinentes; e (iv) invitar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a las facultades de Derecho de las Universidades del Rosario, Externado de Colombia, Nacional de Colombia, de Nariño, Sergio Arboleda, La Sabana, de Caldas, Libre de Colombia, ICESI, al Grupo de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana, y a la Corporación Excelencia para la Justicia, para que, si lo consideraban adecuado, se pronunciaran sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo

concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el artículo 146 de la Ley 836 de 2003, objeto de demanda de inconstitucionalidad:

“LEY 836 de 2003

(Junio 24)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

TÍTULO VI.

RECURSOS Y CONSULTA.

ARTÍCULO 146. CONSULTA. Son consultables los fallos absolutorios de primera instancia, así:

1. Dentro de los procesos por faltas gravísimas resolverá el Comandante General de las Fuerzas Militares, salvo que hubiese conocido en primera instancia.
2. Dentro de los procesos que se adelanten por faltas graves, resolverá el superior jerárquico con atribuciones disciplinarias de quien lo emitió.
3. Si transcurridos ocho (8) meses de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo materia de consulta y el funcionario moroso será investigado disciplinariamente.”

III. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, los ciudadanos demandaron la norma citada por considerar que infringe el artículo 13 de la Constitución. Para sustentar su hipótesis explican, inicialmente, que la norma acusada constituye una excepción del grado de consulta en materia disciplinaria, debido a que en ningún otro régimen disciplinario

procede la consulta de los fallos absolutorios en primera instancia por faltas gravísimas y graves. Indica que ese tratamiento diferenciado está en contravía del principio de igualdad.

Debido a lo anterior, los demandantes proponen emplear un test de igualdad, para el cual describen los elementos de éste, en los siguientes términos.

a. Patrón de igualdad. La demanda indica que es claro que las Fuerzas Militares tienen unas particularidades que justifican un régimen disciplinario especial, derivado del artículo 217 constitucional. Sin embargo, explica que respecto al grado de consulta de los fallos emitidos en esos procedimientos, sí existe un patrón de igualdad que hace equiparables a los miembros de las Fuerzas Militares y al resto de servidores públicos.

Los accionantes sostienen que el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares, si bien es especial, “debe atender los mismos principios que guían y legitiman el ejercicio de la acción disciplinaria frente a cualquier servidor público. Así por ejemplo, sería inadmisibile constitucionalmente un estatuto disciplinario dirigido a los integrantes de las Fuerzas Militares que no atienda los principios de legalidad, culpabilidad, debido proceso o, como sucede en el presente caso, que socave el principio de igualdad”[2].

Manifiestan que las características que justifican un régimen especial para ellos tienen relación con las “normas militares de conducta” y las faltas y sanciones aplicables por su infracción. No obstante, los militares comparten elementos comunes a todos los servidores públicos, por ello son comparables a partir del concepto genérico de “servidor público, del que los miembros de las Fuerzas Militares son sólo una especie”. Por tanto, reclaman un trato paritario, debido a que no hay justificación para que exista un régimen más gravoso respecto de la procedencia de la consulta en sentencias absolutorias de primera instancia. Es decir, indican que el patrón de igualdad está marcado por el tratamiento que se da a la procedencia del grado de consulta en los distintos regímenes disciplinarios.

b. Trato desigual entre iguales. Los accionantes comparan el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares con otros tres regímenes: el general, el que rige los miembros de la Policía Nacional y el que rige para los miembros de la Rama Judicial.

Explican que si se compara la norma acusada con la regulación general, es decir, el Código

Disciplinario Único, se evidencia un trato desigual entre los servidores públicos en general y los miembros de las Fuerzas Militares, pues para los primeros no existe consulta obligatoria de los fallos proferidos, mientras que para los segundos esta consulta se da para los fallos absolutorios en primera instancia.

De otro modo, indican que para los servidores públicos de la Rama Judicial, el grado de consulta se da sólo para las sentencias de primera instancia que pongan fin a procesos disciplinarios, que no fueron apeladas y sobre “lo desfavorable a los procesados”[3]. Lo cual, en su concepto, muestra que la norma acusada es injustificadamente desfavorable para los miembros de las Fuerzas Militares.

Por último, comparan la norma acusada con su equivalente en el régimen disciplinario de la Policía Nacional (L.1015/2006), y señalan que “se observa un trato desigual en lo referido al grado de consulta, pues pese a que los miembros de la Policía Nacional hacen parte de la Fuerza Pública, los fallos de primera instancia no son objeto de consulta por parte del superior jerárquico de quien profirió la decisión”[4].

c. La diferencia de trato denunciada no está constitucionalmente justificada. Para los accionantes el trato diferente para las Fuerzas Militares no atiende a un fin constitucionalmente legítimo ni se soporta en criterios objetivos, por las siguientes razones:

En primer lugar, los demandantes argumentan que el régimen excepcional del grado de consulta para los miembros de las Fuerzas Militares no obedece a que éstos sean sujetos de un régimen distinto de faltas y sanciones. Después de describir detalladamente las faltas graves y gravísimas en que pueden incurrir los militares, los actores concluyen que “los miembros de las Fuerzas Militares no son destinatarios de faltas disciplinarias cuya entidad supere la de las faltas aplicables (sic) a la generalidad de los servidores públicos, de modo que la gravedad de las faltas en que pueden incurrir los militares no amerita un especial control por parte del superior jerárquico de quien ha proferido el fallo absolutorio en primera instancia”[5].

En segundo lugar, sostienen que ese control en grado de consulta tampoco obedece al empleo de las armas por parte de los militares y su aptitud para cometer faltas disciplinarias de especial gravedad. Argumentan que el uso legítimo de las armas “no

constituye una razón objetivamente válida para someter a estos servidores públicos a un régimen excepcionalmente gravoso...”[6].

Adicionan que es tan clara la ausencia de justificación por este motivo que los miembros de la Policía Nacional, que también portan armas de manera legítima, no están sometidos al grado de consulta en los términos de la norma acusada, lo cual demuestra que ésta “supone un trato desigual entre pares, aún si el elemento relacional fuera el uso de las armas y no la condición de servidor público”[7].

Como tercer punto, los ciudadanos precisan que el régimen excepcional y más gravoso en materia de consulta para las Fuerzas Militares, tampoco puede justificarse en la organización jerárquica de la institución militar, “pues frente a los demás servidores públicos en general, funcionarios de la rama judicial o incluso miembros de la Policía Nacional, el régimen en esa materia es sustancialmente más beneficioso, pese a que estos últimos también pertenecen a instituciones jerárquicas por ser parte de la Administración Pública”[8].

Por último, explican que no existe justificación para el trato diferente a los miembros de la Fuerzas Militares en razón de la naturaleza del operador disciplinario, ya que en algunos casos (por ejemplo faltas derivadas de la contratación pública) la autoridad que ejerce el poder disciplinario sobre ellos es la Procuraduría General de la Nación, quien no ostenta condición militar. Por ello, no es justificable que en ese escenario (contratación) un fallo que absuelva a un miembro de la Fuerza Militar en primera instancia, tenga que ser consultado, mientras que ese mismo fallo sobre la absolución de un policía u otro servidor público no deba pasar por ese ítem adicional.

Por todo lo anterior, los accionantes sostienen que la norma no pasa un test de igualdad, pues genera un trato desigual entre iguales que carece de fundamento objetivo y razonable y, por ende, es inconstitucional por quebrantar el artículo 13 Superior.

IV. INTERVENCIONES

1. Universidad Externado de Colombia[9]

La Universidad hace dos solicitudes: (i) que se declare la CONSTITUCIONALIDAD de la

norma acusada porque no vulnera el derecho a la igualdad (art. 13); y, como petición subsidiaria, (ii) que se declare la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “absolutorios y del numeral tercero del artículo acusado” o de la totalidad de la norma, pero por violación del debido proceso, de la presunción de inocencia y de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (art. 29).

Inicialmente, el interviniente hace un resumen de los argumentos de la demanda, a partir del cual propone que la Corte debe dar solución al siguiente problema jurídico: “¿la introducción del grado de consulta, sólo para fallos absolutorios de primera instancia por faltas graves y gravísimas, implica una vulneración del derecho a la igualdad de los oficiales, suboficiales y soldados, en servicio activo, de las Fuerzas Militares?”. A partir de ello, señala que se adhiere a la propuesta metodológica de la demanda, pues sólo a través de la aplicación de un test de igualdad es posible verificar si la norma introduce o no un trato discriminatorio.

Antes de entrar a aplicar la referida metodología, el interviniente resalta que según lo indicado por esta Corte, el principio de igualdad tiene varios elementos a partir de los cuales se desarrolla, y que son de vital observancia en la labor legislativa. En este punto, argumenta que en este caso también es imperioso adelantar un análisis sobre el alcance de la libertad de configuración legislativa en la materia.

Dejando claras esas precisiones, el interviniente indica que las situaciones acusadas no son comparables, pues a pesar de que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares conforman la Fuerza Pública (art. 216 C. P.), “ello no se traduce en que deban tener el mismo régimen jurídico”[10]. Resalta que en ocasiones anteriores la Corte Constitucional ha considerado que estos dos cuerpos armados no son comparables, debido a las diferencias institucionales y a los regímenes de carrera y disciplinarios que cada uno tiene[11]. Por tanto, explica que es constitucionalmente válido que el Legislador trate de manera diversa situaciones diferentes.

Explica que esas consideraciones son extensibles si se compara a los militares con el resto de servidores públicos, ya que en ese caso el Legislador también “está dotado de una competencia específica en los artículos 122 y siguientes”. Por esa razón, los regímenes disciplinarios son diferentes. Argumenta que la diferenciación entre las diversas categorías

de servidores públicos y los de las Fuerzas Militares, es tan clara, que incluso dentro de misma institución castrense existen ligeras diferencias entre los regímenes disciplinarios que se aplican, por ejemplo, a los oficiales y a los soldados.

Todo lo anterior, le permite concluir que los argumentos de los demandantes no son precisos, pues es claro que el Legislador puede configurar de manera diversa los regímenes procesales disciplinarios de las distintas categorías de servidores públicos, sin que ello implique la violación del artículo 13 Superior. Por tanto, no se supera el primer ítem del test de igualdad.

Ahora bien, aunque el interviniente defiende la constitucionalidad de la norma en relación al artículo 13 de la Constitución, explica que, a su juicio, sí se transgredieron los límites propios de la libertad de configuración legislativa, en tanto se vulneraron el derecho al debido proceso, la presunción de inocencia y “los principios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del derecho sustancial sobre lo adjetivo”[12]. Lo anterior, debido a que el grado de consulta en el régimen disciplinario militar no es racional, proporcionado ni tiene una finalidad clara, frente al objeto de esta figura procesal. Por el contrario, la norma acusada constituye un “sacrificio de los derechos de los investigados, ya absueltos”[13] que no persigue “un fin legítimo e importante y, mucho menos, que reafirme el orden justo”. Con estos argumentos, justifica su petición de declaratoria de inconstitucionalidad.

2. Universidad Libre de Colombia[14]

El Observatorio de Intervención Ciudadana de la Universidad solicita a la Corte declarar la CONSTITUCIONALIDAD del artículo 146 de la Ley 836 de 2003, al estimar que el mismo no vulnera el artículo 13 superior. Para sustentar su postura, los intervinientes examinan el régimen disciplinario de las fuerzas militares en contraste con la libertad de configuración legislativa en esa materia, para así evaluar si existe o no la alegada vulneración del derecho a la igualdad.

Explican que el régimen disciplinario de los agentes de las fuerzas militares es sustancialmente diferente al aplicable a los demás funcionarios públicos, lo anterior, pues entre estos dos grupos existen disparidades señaladas por la misma Constitución (art. 217 C. P.). Una de las más importantes, es que las fuerzas militares tienen el monopolio y uso

legítimo de las armas, así como el desarrollo de otras actividades propias y especiales de la función entregada por la Constitución a los militares, como la defensa de la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. Así mismo, afirman que debido a esas diferencias, no es posible equiparar las exigencias procesales que traen el Régimen Único Disciplinario y el régimen estatuido para las fuerzas militares. En igual sentido, desestiman la eventual equiparación entre las fuerzas militares y la Policía Nacional, debido a que también entre éstas existen diferentes funciones constitucionales.

Debido a lo anterior, para los intervinientes la demanda no está llamada a prosperar pues “no es posible equiparar el procedimiento disciplinarios de los miembros de las fuerzas militares con respecto a la generalidad de los servidores públicos y de los integrantes de la Policía nacional ya que las funciones, actividades, organización y finalidad constitucional no permiten que pueda efectuarse un juicio de igualdad entre los referidos grupos”[15].

3. Ejército Nacional[16]

El Ejército Nacional solicita a la Corte declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 146 de la Ley 836 de 2003 debido a que no vulnera la Constitución. En primer lugar, sostiene que el cargo por igualdad no está llamado a prosperar en razón a que el patrón de igualdad se aplica al comparar sujetos de la misma categoría, lo que no ocurre en este caso ni frente a los funcionarios públicos en general, ni frente a los miembros de la Policía Nacional. Afirman que ante la especialidad del régimen, el Legislador goza de amplia libertad de configuración siempre y cuando respete el derecho al debido proceso y los principios constitucionales, tal y como se cumplió en esta ocasión.

En segundo punto, el Ejército sostiene que no se puede hablar de trato desigual entre iguales, pues cada uno de los regímenes disciplinarios objeto del análisis que proponen los accionantes, son estructuralmente diferentes entre sí, “conforme a la naturaleza con que fueron concebidas las entidades, a la naturaleza de sus destinatarios, de su finalidad y la tradición institucional...”[17].

Por lo anterior, y como tercer punto, el Ejército argumenta que aunque su régimen disciplinario contenga un catálogo más amplio de faltas de este tipo, el Legislador podía establecer el grado de consulta de un modo diferente al establecido para la generalidad, en

virtud de su libertad de configuración en materia de procedimientos y recursos.

4. Ministerio de Defensa Nacional[18]

El Ministerio de Defensa solicita que se declare la INEPTITUD SUSTANTIVA de la demanda. En subsidio, considera que la norma es EXEQUIBILE.

El Ministerio sostiene que la demanda es inepta, en tanto “no se explica cómo en la demanda de inconstitucionalidad se afirma que los artículos citados (sic) violan preceptos constitucionales cuando los mismos se enmarcan dentro del nuevo régimen disciplinario para las fuerzas militares”[19]. Explica que no se estructura un cargo sobre igualdad, pues los sujetos que compara no son equiparables.

De otro modo, el Ministerio reitera que existen diferencias entre las categorías de funcionarios públicos que la demanda pretende comparar. Así, a partir de la naturaleza de la función constitucional encomendada a las fuerzas militares, destaca que la institución castrense cuenta con una estructura organizacional que debe proteger ciertos valores únicos dentro de ella, como la subordinación, la disciplina y el orden jerárquico. Por tal razón, es necesaria la consagración específica de un régimen disciplinario diferente. Se explica que en este punto no existe el llamado *tertium comparationis* pues la regulación diversa no es caprichosa ni arbitraria, sino imperiosa.

5. Instituto Colombiano de Derecho Procesal[20]

El Instituto, a través de uno de sus miembros, solicita a la Corte declarar la EXEQUIBILIDAD de la norma acusada, ya que el esquema del procedimiento disciplinario de las fuerzas militares, es especial. Afirma que la consagración del grado de consulta respecto de los fallos absolutorios es un desarrollo de la labor legislativa en materia procedimental que no vulnera el derecho a la igualdad, puesto que los parámetros de comparación propuestos en la demanda son insuficientes, ya que parten de la idea de que no puede haber consagraciones de procedimientos especiales o diferentes entre sí. Por último, sostiene que el propósito del grado de consulta en la regulación especial, “persigue la protección de una defensa de la justicia efectiva”, en tanto permite corregir los errores en los que haya podido

incurrir el juez de primera instancia, sin que ello implique un régimen per sé más gravoso para los militares.

6. Universidad del Rosario[21]

La Universidad, a través de su consultorio jurídico, solicita que se declare la INEXEQUIBILIDAD del artículo 146 de la Ley 836 de 2003. Después de hacer un análisis de las hipótesis reguladas por la norma demandada, el interviniente, “considera respetuosamente que le asiste razón al demandante al alegar la vulneración del artículo 13 constitucional en el sentido que la aplicación de la norma en últimas es desfavorable...”, pues opera sólo para fallos absolutorios. Sostiene que en cumplimiento de las garantías procesales, la regla general debería ser la consulta de aquellas sentencias condenatorias.

Arguye que “en la práctica [la norma] puede suponer un desconocimiento al principio de la no reformatio in pejus”, pues las decisiones favorables a los investigados pueden ser “reversadas”, lo que puede “resultar un mecanismo de presión contra el uniformado”. Por tanto, para el interviniente no existe una razón válida que permita establecer una diferenciación clara en el tratamiento de un fallo absolutorio en el grado de consulta.

7. Fuerza Aérea Colombiana[22]

La Fuerza Aérea Colombiana defiende la EXEQUIBILIDAD del artículo 146 acusado. El interviniente manifiesta que, en sentido estricto, el principio de igualdad no debe aplicarse al presente caso, “dado que acá no se evidencia el deber de dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes”[23].

Para la Fuerza Aérea, el test integrado de igualdad no puede llevarse a cabo como lo presenta el accionante, en tanto es equivocado hacer la equiparación genérica de las diversas categorías de servidor público. Lo anterior, porque la institución castrense demanda a los miembros de las fuerzas militares ciertas conductas íntimamente ligadas con sus funciones, que no son exigibles a los demás servidores públicos.

8. Policía Nacional[24]

La Policía Nacional solicita que la norma se declare EXEQUIBLE, pues la misma se ajusta a la Constitución. Indica que el artículo 217 de la Constitución establece que la Ley determinará,

entre otros, el régimen disciplinario de las fuerzas militares, razón por la cual se expidió la Ley 836 de 2003. Argumenta que la norma acusada tiene sentido si se tiene claridad sobre los operadores disciplinarios al interior del régimen militar. En efecto, explica que la atribución disciplinaria recae sobre los oficiales y los suboficiales de la respectiva fuerza de manera genérica, es decir, “no estamos ante una dependencia especializada en materia disciplinaria, de tal manera que es pertinente se tenga un segundo criterio en lo que respecta a decisiones que si bien se presumen ajustadas a derecho, se hace necesario que desde la sana crítica de un segundo operador sean ratificadas”[25].

En esa medida, argumenta que esta norma permite: (i) tener total certeza de que la decisión adoptada por el operador disciplinario está ajustada a los parámetros legales; (ii) generar un grado de confianza en la ciudadanía y en la misma fuerza militar, respecto de las faltas de los agentes estatales; y (iii) evitar casos de impunidad al interior de la fuerza militar.

9. Universidad Sergio Arboleda[26]

La Universidad, a través de sus representantes, considera que el artículo 146 de la Ley 836 de 2003 es CONSTITUCIONAL. Para enmarcar la discusión explican el contenido y la finalidad del grado jurisdiccional de consulta, que es definido como un instrumento que permite garantizar que la realidad procesal se ajuste a la Constitución y la ley. Así mismo, los intervinientes precisan que el grado jurisdiccional de consulta constituye una protección adicional al derecho al debido proceso de las partes involucradas en un litigio. Explican en este punto que existen diferencias sustanciales entre los recursos de apelación y el de consulta, pues este último se usa como un modo de controlar la legalidad de los actos del juzgador. Por tanto, el principio de la no reformatio in pejus no aplica cuando se trata del grado consultivo.

En cuanto al régimen disciplinario militar, los intervinientes advierten que existe multiplicidad de regímenes disciplinarios (cita varios ejemplos[27]), para destacar que en el proceso de expedición de todos ellos, el Legislador goza de un amplio margen de configuración legislativa, que atiende también a la necesidad de ajustar cada régimen a los temas que se regulan. Así, resalta que la expedición del Código Disciplinario Militar es un desarrollo del mismo artículo 217 de la Constitución, en el cual el Legislador siguió cierta coherencia procesal respecto de la institución castrense.

En específico, respecto del grado de consulta de los fallos absolutorios en materia disciplinaria militar, la Universidad estima que no es un régimen más gravoso, sino que fue una estrategia que encontró el Legislador para garantizar el cumplimiento de la Ley, por parte de quienes “además de la relación especial de sujeción, detentan en sus manos el poder coercitivo del Estado”. Por tal razón, explican que en este caso “es viable que ceda el interés particular del investigado frente al interés general... pues sin esta consulta... se puede dar lugar a la impunidad al quedar conductas gravísimas y graves en fallos absolutorios en los que no se verificó el cumplimiento de la Constitución y las leyes”[28].

10. Universidad de Caldas[29]

La Universidad, a través de sus representantes, considera que el artículo 146 de la Ley 836 de 2003 es EXEQUIBLE. Inicialmente, los intervinientes hacen el estudio de la aptitud de la demanda, para concluir que la Corte Constitucional es competente para decidir de fondo este asunto, ya que los demandantes cumplieron los requisitos exigidos por ley.

Posteriormente, explican que de la lectura del artículo 217 de la Constitución se desprende claramente la intención del constituyente de diferenciar a los servidores públicos en general, de los miembros de la fuerza pública, pues a ésta se le atribuyen características propias y específicas debido a su encargo misional. Debido a lo anterior, “se desvirtúa el argumento de los demandantes, en el entendido de que el régimen disciplinario de los miembros de las fuerzas militares deba obedecer de igual manera al de cualquier otro servidor público...”[30].

Los intervinientes ahondan en las referidas diferencias que, incluso, advierten entre las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en tanto no es posible comparar a servidores públicos que desempeñan funciones diferentes. Tal comparación, según los intervinientes, “es absolutamente improcedente dada la naturaleza especial de quienes hacen parte de las fuerzas militares”[31].

11. Universidad de Nariño[32]

La Universidad, a través de sus representantes, considera que el artículo 146 de la Ley 836 de 2003 es EXEQUIBLE. La Universidad explica que por factores como la función, composición y autoridad a la que pertenecen, no es admisible que el régimen de consulta

en procesos disciplinarios contra servidores públicos de las fuerzas militares sea equiparable a los procesos de los uniformados de la Policía Nacional. De igual forma, se indica que “en tanto la calidad de servidor público la ostenta una amplia variedad de organismos... no es posible establecer que todos están bajo las mismas condiciones”[33].

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que se declare la EXEQUIBILIDAD de la norma acusada, por considerar que no se viola el derecho a la igualdad. De conformidad con el cargo señalado, el Ministerio Público propone que se resuelva el siguiente problema jurídico:

“determinar si el artículo 146 de la Ley 836 de 2003 es contrario al principio y derecho a la igualdad (art. 13 CP), por establecer el grado de consulta para los fallos absolutorios proferidos en primera instancia, en los casos de faltas graves y gravísimas, como un tratamiento diferenciado irrazonable que no es constitucionalmente admisible, si se compara dicha medida con el régimen disciplinario aplicable a los otros servidores públicos”[34].

Para resolver el referido problema, la Vista Fiscal, en primer lugar, señala que de acuerdo con el artículo 217 de la Constitución las fuerzas militares tienen una finalidad específica que amerita, a su vez, que éstas tengan un régimen disciplinario especial. Resalta que si bien, en los aspectos procesales, este régimen puede asemejarse al general, ello queda a la voluntad del Legislador, quien se puede mover dentro de límites amplios a la hora de diseñar los referidos aspectos procedimentales.

Anuncia que para la evaluación de si una norma procesal es o no contraria a la Constitución, la Corte generalmente usa un test de igualdad, que en principio debería ser leve, a través del cual se evalúe la legitimidad del fin perseguido y la adecuación e idoneidad del medio.

Al evaluar el caso concreto, la Procuraduría advierte que “si se considera que en materia de procedimiento disciplinario, existe un patrón de igualdad entre todos los servidores públicos, incluyendo los miembros de las Fuerzas Armadas, se tiene que éstos están siendo tratados de manera desigual en el plano jurídico, en punto a la previsión del grado de

consulta. Sin embargo, ese tratamiento diferenciado es constitucionalmente admisible, pues el fin buscado y el medio empleado son legítimos, en tanto son adecuados, idóneos y no se encuentran constitucionalmente prohibidos”. Explica que el fin buscado es la defensa de la sociedad, la garantía de los derechos humanos y la sanción de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, aspectos de interés público y constitucionalmente relevantes, en el marco de la misión constitucional de la Fuerza Militar.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra un precepto que forma parte de una ley de la República y sobre el cual no ha habido pronunciamiento anterior[35].

Consideraciones previas

- Vigencia de la norma

2. Durante el trámite constitucional de la presente demanda, la Sala Plena advirtió que hubo un cambio normativo respecto del régimen disciplinario de las Fuerzas Militares. En efecto, el pasado 4 de agosto de 2017, el Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 1862 de 2017 por medio de la cual “se establecen las normas de conducta militar y se expide el Código Disciplinario Militar”. Tal normativa derogó expresamente la Ley 836 de 2003 (artículo 252 L. 1862/17).

En el nuevo ordenamiento no se creó ninguna norma que regulara el grado jurisdiccional de consulta en el nuevo procedimiento disciplinario militar, sin embargo, si estipuló normas sobre la transitoriedad de las disposiciones de la Ley 836 de 2003.

Así, en los artículos 251 y 252 de esta Ley se establecieron las condiciones de tránsito legislativo, vigencia y derogatoria del nuevo Código disciplinario Militar, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 251. TRANSITORIEDAD. Los procesos que se encuentren con auto de cargos al

entrar en vigencia la presente ley, continuarán tramitándose de conformidad con las ritualidades consagradas en el procedimiento anterior. En caso contrario, la actuación se adecuará al procedimiento previsto en esta ley.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1862_2017_pr006.html – top

ARTÍCULO 252. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley entrará a regir seis (6) meses después de su sanción y deroga la Ley 836 de julio 16 de 2003 y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

3. Como se desprende del artículo 252 de la Ley 1862 de 2017, la Ley 836 de 2003 sólo tuvo vigencia hasta el 4 de febrero de 2018, fecha a partir de la cual debe aplicarse el nuevo Código Disciplinario Militar. Sin embargo, en concordancia con el régimen de transitoriedad que se estableció en el artículo 251, en todos aquellos casos que se encuentren con auto de cargos para el 4 de febrero de 2018, continuará la aplicación del régimen anterior; es decir, el artículo 146 de la Ley 836 de 2003 –demandado–, seguirá produciendo efectos jurídicos durante el tiempo que dure el tránsito normativo.

Para tener certeza sobre la producción de los efectos jurídicos que la norma pueda producir a pesar de su derogatoria, la Magistrada sustanciadora profirió auto del 26 de enero de 2018, en el cual solicitó a la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y al Comando General de las Fuerzas Militares – Dependencia de Asuntos Disciplinarios – que informaran: ¿Cuántos procesos disciplinarios continuarán tramitándose bajo la Ley 836 de 2003, de conformidad con el artículo 251 de la Ley 1862 de 2017?

En respuesta de lo anterior, el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares indicó que para el 31 de enero de 2018, esa dependencia “tramita 321 expedientes con la ley 836 de 2003, de los cuales 5 cuentan con pliego de cargos, de forma tal que éstos corresponderán a los que continuarán tramitándose con la referida ley”[36]. El Comando General de las Fuerzas Militares dejó vencer en silencio el término otorgado.

A pesar de que este último requerimiento no fue allegado a este proceso de constitucionalidad, la Sala Plena verifica que este estudio de constitucionalidad es viable, pues la norma continuará produciendo efectos jurídicos, al menos en los procesos anunciados por la Procuraduría.

- La aptitud de la demanda por la presunta infracción del artículo 13 constitucional

5. La Sala Plena advierte que el Ministerio de Defensa Nacional solicita a la Corte declarar la inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda, pues considera que los accionantes hacen una comparación respecto de sujetos no equiparables. Por ende, inicialmente, es preciso establecer si la demanda cumple los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para conocer del cargo planteado.

6. El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos que deben contener las demandas en los procesos de control de constitucionalidad[37]. Específicamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición determinada debe precisar: el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. La concurrencia de los tres requerimientos mencionados hace posible un pronunciamiento de fondo.

En cuanto al concepto de la violación, la jurisprudencia ha sido constante[38] en manifestar que los argumentos de inconstitucionalidad que se prediquen de las normas acusadas deben ser claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ciertos, pues la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; específicos, en la medida que el ciudadano precise la manera como la norma acusada vulnera la Constitución y formule al menos un cargo concreto; pertinentes, ya que el reproche debe fundarse en la apreciación del contenido de una norma superior que se explica y se enfrenta con la norma legal acusada, más no en su aplicación práctica; y suficientes, por cuanto el demandante debe exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio y éstos deben generar alguna duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

7. En el caso de cargos por violación de la igualdad, ya sea porque las normas excluyan o incluyan de manera inconstitucional a grupos o a individuos, la jurisprudencia ha sistematizado los presupuestos para generar una mínima duda constitucional. La sentencia C-257 de 2015[39] reiteró que en el caso de un alegato en torno a tratos diferenciados que se consideren inconstitucionales, se deben cumplir, además de los requisitos generales,

los siguientes:

“... Estos elementos son: i) los términos de comparación –personas, elementos, hechos o situaciones comparables– sobre los que la norma acusada establece una diferencia y las razones de su similitud[40]; ii) la explicación, con argumentos de naturaleza constitucional, de cuál es el presunto trato discriminatorio introducido por las disposiciones acusadas y iii) la exposición de la razón precisa por la que no se justifica constitucionalmente dicho tratamiento distinto, es decir por qué es desproporcionado o irrazonable[41]. Esta argumentación debe orientarse a demostrar que ‘a la luz de parámetros objetivos de razonabilidad, la Constitución ordena incluir a ese subgrupo dentro del conglomerado de beneficiarios de una medida’[42].”

En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, sólo tiene sentido constitucional en la medida en que se determine un patrón de paridad, se identifique a los sujetos a comparar, se diga frente a qué derecho o interés se debe predicar el trato igual o diferente y se elabore con suficiencia las razones por las que no hay una justificación para la diferencia de trato.

8. La adecuada presentación del concepto de la violación permite a la Corte, junto con otros aspectos que la jurisprudencia ha delimitado, desarrollar su función en defensa de la Constitución en debida forma, pues circunscribe el campo sobre el cual hará el respectivo análisis de constitucionalidad.

Esta carga mínima de argumentación que debe exponer el ciudadano, resulta indispensable para adelantar el juicio de constitucionalidad a pesar de la naturaleza pública e informal que caracteriza a la acción de inconstitucionalidad. De no atenderse dicho presupuesto podría generarse la inadmisión de la demanda, su posterior rechazo de no subsanarse, o un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial del escrito con el que se pretende incoar la acción. Estas consecuencias no implican una restricción de los derechos políticos del demandante, pero sí el establecimiento de unos elementos que informen adecuadamente al juez constitucional, para proferir un pronunciamiento de fondo[43].

9. En relación con el cargo por violación del artículo 13 constitucional (igualdad), los demandantes: (i) identificaron el objeto demandado –el artículo 146 de la Ley 1836 de 2003–; (ii) desarrollaron debidamente el concepto de la violación; y (iii) explicaron que la

Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, en virtud de las facultades constitucionales otorgadas a este Tribunal y porque no ha habido pronunciamiento sobre la norma acusada.

En efecto, de la argumentación expuesta, se extrae que los demandantes parten de la base de que el régimen disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares tiene elementos que lo hacen especial, pero que frente a la norma acusada impone a estos servidores públicos un régimen más gravoso en materia de consulta de las decisiones, en comparación a los regímenes disciplinarios de los servidores públicos, en general, y de los miembros de la Policía Nacional o de la Rama Judicial, en particular. Por tal motivo, estiman que se viola el principio de igualdad, en especial respecto de la necesidad de otorgar un trato paritario entre categorías de sujetos equiparables. Lo anterior, permite develar que la demanda es clara, debido a que presenta un hilo conductor mediante el cual se comprende el contenido de la misma y las justificaciones para adelantar un juicio de constitucionalidad.

Así mismo, esta Sala encuentra que la demanda recae sobre una proposición jurídica real y existente, como es el artículo 146 de la Ley 836 de 2003, que regula el grado de consulta de las decisiones de primera instancia, proferidas dentro de los procesos disciplinarios adelantados contra miembros de las Fuerzas Militares. Por tanto, se cumple con la certeza necesaria.

Aunado a lo anterior, los demandantes establecieron que el cargo presentado es por violación del principio de igualdad (artículo 13 Superior), por ello, resaltaron que se trata de una confrontación entre un artículo de rango legal con una norma de la Constitución. Igualmente, establecieron que la comparación se hace respecto del contenido del artículo 146 demandado, y no apelaron a argumentos sobre su aplicación práctica. Debido a lo anterior, se puede establecer el cumplimiento de los requisitos de especificidad y pertinencia.

En cuanto a la suficiencia en el cargo, se hicieron los esfuerzos argumentativos para sustentar los elementos del test de igualdad, lo cual permite a esta Corte iniciar un proceso de constitucionalidad. En efecto, los actores: (i) presentaron un patrón de igualdad y unos sujetos comparables, marcados por “el tratamiento que se da a la procedencia del grado de consulta en los distintos regímenes disciplinarios”. En efecto, en el líbelo se indicó que si

bien es claro que las Fuerzas Militares tienen unas particularidades que justifican un régimen disciplinario especial, derivado del artículo 217 constitucional, respecto al grado de consulta de los fallos emitidos en esos procedimientos, sí existe un patrón de igualdad que hace equiparables a los miembros de las Fuerzas Militares y al resto de servidores públicos, ya que este tipo de procedimientos “debe atender los mismos principios que guían y legitiman el ejercicio de la acción disciplinaria frente a cualquier servidor público. Así por ejemplo, sería inadmisiblemente constitucionalmente un estatuto disciplinario dirigido a los integrantes de las Fuerzas Militares que no atienda los principios de legalidad, culpabilidad, debido proceso o, como sucede en el presente caso, que socave el principio de igualdad”[44].

Respecto del primer ítem del test se advierte que si bien, como se señala en la demanda y en algunas intervenciones este Tribunal ha establecido que existen diferencias entre los regímenes disciplinarios de los distintos servidores públicos, el patrón de igualdad que se propone en la demanda apunta no a comparar los regímenes como un todo, sino un aspecto específico de los mismos, como es el tratamiento que se da al grado jurisdiccional de consulta, pues para los accionantes resulta particularmente gravoso en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y tal desigualdad de trato no está justificada. Desde esta perspectiva se argumenta que sí son sujetos comparables y, con ello, se genera una duda razonable que debe ser abordada por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Así mismo, (ii) explicaron el presunto trato desigual, al indicar que si se compara la norma acusada con la regulación general, es decir, el Código Disciplinario Único, se evidencia un trato desigual entre los servidores públicos en general y los miembros de las Fuerzas Militares, pues para los primeros no existe consulta obligatoria de los fallos proferidos, mientras que para los segundos esta consulta se da para los fallos absolutorios en primera instancia. De otro modo, indican que para los servidores públicos de la Rama Judicial, el grado de consulta se da sólo para las sentencias de primera instancia que pongan fin a procesos disciplinarios, que no fueron apeladas y sobre “lo desfavorable a los procesados”[45]. Lo cual, en su concepto, muestra que la norma acusada es injustificadamente desfavorable para los miembros de las Fuerzas Militares. Por último, comparan la norma acusada con su equivalente en el régimen disciplinario de la Policía Nacional (L.1015/2006), y señalan que “se observa un trato desigual en lo referido al grado de consulta, pues pese a que los miembros de la Policía Nacional hacen parte de la Fuerza

Pública, los fallos de primera instancia no son objeto de consulta por parte del superior jerárquico de quien profirió la decisión”[46].

Por último, (iii) expusieron la razón por la cual consideran que la diferencia no está constitucionalmente justificada. Para los accionantes el trato diferente para las Fuerzas Militares no atiende a un fin constitucionalmente legítimo ni se soporta en criterios objetivos, porque el grado de consulta para los miembros de las Fuerzas Militares no obedece a que estos sean sujetos de un régimen distinto de faltas y sanciones; el control en grado de consulta tampoco obedece al empleo de las armas por parte de los militares y su aptitud para cometer faltas disciplinarias de especial gravedad; y tampoco puede justificarse en la organización jerárquica de la institución militar, “pues frente a los demás servidores públicos en general, funcionarios de la rama judicial o incluso miembros de la Policía Nacional, el régimen en esa materia es sustancialmente más beneficioso, pese a que estos últimos también pertenecen a instituciones jerárquicas por ser parte de la Administración Pública”[47].

10. Así pues, en contraposición a lo planteado por quien interviene en representación del Ministerio de Defensa Nacional, la Corte considera que la presente demanda cumple los requisitos mínimos de procedibilidad, en cuanto los accionantes sí plantean un verdadero cargo de inconstitucionalidad en contra de la norma acusada. Aun cuando la acusación formulada advierte sobre aspectos en los cuales las Fuerzas Militares no son comparables con otros servidores públicos, sí identifica el patrón de igualdad que somete a consideración de la Corte, lo que permite llevar a cabo una confrontación objetiva entre la ley acusada y la Constitución.

En consecuencia, la demanda es apta y la Sala Plena se encuentra habilitada para adelantar el juicio de igualdad propuesto (artículo 13).

– La viabilidad de estudiar el cargo por violación del artículo 29 Superior, planteado por un interviniente

11. Se desprende de los antecedentes que la Universidad Externado de Colombia solicitó la declaratoria de inexecutable de la totalidad del artículo demandado o, en subsidio, de las expresiones “absolutorios y el numeral tercero” del mismo, pero no con fundamento en las acusaciones planteadas previamente por los demandantes, sino con base en un nuevo

cargo relacionado con la eventual afectación de los derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia (artículo 29 constitucional).

En efecto, a juicio de la Universidad, el cargo por violación de la igualdad (artículo 13 Superior) no está llamado a prosperar. Primero, porque las situaciones que los demandantes pretenden comparar no son equiparables en tanto la misma Constitución establece la posibilidad de que el Legislador establezca un régimen propio para los militares; es decir, según el interviniente, el test de igualdad no supera el primer ítem. Y segundo, porque la demanda no presenta argumentos precisos que demuestren que el Legislador excedió sus facultades, derivadas de la cláusula general de competencia (libertad configurativa).

Sin embargo, la Universidad Externado sostiene que existen otras razones por las que, en todo caso, el juez constitucional debería declarar la inexecutable del aparte normativo demandado. Argumenta que si bien el Legislador tiene un amplio margen de configuración para el desarrollo del derecho disciplinario, el mismo no puede transgredir “la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos”. Según el interviniente, a la luz del debido proceso la norma desconoce la Constitución, porque “el sacrificio de los derechos de los investigados, ya absueltos, sin una finalidad clara y razonable es abiertamente desproporcional”[48].

12. En los términos expuestos, corresponde a la Sala Plena determinar la viabilidad del respectivo examen de constitucionalidad. Al respecto cabe advertir que esta Corte ya se ha enfrentado a situaciones similares a ésta (proposición de cargos nuevos por los intervinientes o la vista fiscal)[49], y en tales oportunidades ha indicado que la Sala Plena no debe analizar cargos adicionales, particularmente, cuando se trata de procesos activados a través de una acción pública de inconstitucionalidad. Así, en los términos de la sentencia C-017 de 2016[50]:

“... en razón de la necesidad de preservar la supremacía de la Carta Política, se requiere que las decisiones del juez constitucional sean el resultado de un proceso deliberativo abierto, público y participativo, en el que distintos actores tengan la oportunidad de manifestar las razones de la oposición o de la conformidad de una disposición legal con la Constitución, y en el que, por esta vía, se suministren a la Corte todos los elementos de juicio para que ésta efectúe una valoración imparcial, ponderada, reflexiva y rigurosa del

precepto objeto del proceso judicial. En este orden de ideas, cuando esta Corporación entra a evaluar señalamientos que no hacen parte de la controversia original en torno a la cual se configuró el proceso, la misma supremacía constitucional podría quedar en entredicho, en la medida en que el pronunciamiento judicial sobre la validez de las disposiciones legales, carecería de los insumos que ofrece este debate público, abierto y participativo.”

En concordancia con lo anterior, esa misma sentencia concluyó:

“En los procesos en los que el control se activa automáticamente, el juez constitucional se encuentra obligado a confrontar el precepto demandado con la totalidad de ordenamiento superior, justamente porque por principio, el debate se encuentra abierto a cualquier cuestionamiento.

Por el contrario, en aquellos eventos en los que el control se activa mediante una demanda de inconstitucionalidad, el marco de referencia para el examen correspondiente es el propio escrito de acusación. Esta circunstancia tiene varias repercusiones:

(i) por un lado, únicamente cuando alguno de los cargos de la demanda es apto, la Corte adquiere la competencia para pronunciarse sobre la validez de la disposición atacada; por ello, cuando ninguno de los señalamientos de dicho escrito es apto, tampoco habría lugar a pronunciarse sobre los planteados posteriormente por los intervinientes o por la Procuraduría General de la Nación;

(ii) por otro lado, cuando este tribunal adquiere la competencia para determinar la validez de una disposición legal, y a lo largo del proceso judicial se invocan nuevos señalamientos, distintos de los esbozados originalmente en la demanda, este Tribunal no se encuentra obligado a valorarlos, pues esto depende de que la ampliación en el escrutinio judicial no resulte lesiva del derecho al debido proceso, y de que a lo largo del procedimiento se hayan suministrado los insumos fácticos, probatorios, conceptuales y normativos para que el juez constitucional realice un juicio ponderado, reflexivo e ilustrado; así por ejemplo, cuando la nueva acusación se enmarca o tiene relación con la controversia original, o cuando el debate ha madurado en la sociedad y en la comunidad jurídica, de modo que el juez constitucional cuenta con los elementos de juicio para adoptar una decisión, la ampliación en el espectro del examen judicial, podría tener mayor justificación.”

Esta postura, ha sido reiterada en varias sentencias de esta Corporación[51], y en la actualidad, es evidente que se trata de jurisprudencia en vigor. Así al no encontrarse razones y/o argumentos suficientes para separarse de tal postura, esta Sala reitera tal regla jurisprudencial.

13. Así de lo expuesto, es necesario que la Sala Plena desestime el cargo por violación del artículo 29 planteado por la Universidad Externado de Colombia, ya que no guarda una relación estrecha con el juicio propuesto originalmente por los demandantes. En efecto, como la misma interviniente indica, la razón de inconstitucionalidad del precepto acusado que ella plantea es diferente a la prevista inicialmente y, por ello, propone una vía argumentativa relacionada con el respeto al debido proceso y a la presunción de inocencia de los disciplinados bajo el régimen de las fuerzas militares, sin necesidad de comparación alguna.

En otras palabras, podría decirse que la demanda propone un juicio al procedimiento disciplinario militar desde una perspectiva externa, mientras que la Universidad propone un juicio desde una visión al interior del referido proceso. Debido a lo anterior, es claro que la Corte Constitucional, en este caso, no está obligada a revisar la acusación planteada por la Universidad, por lo que, es evidente, este pronunciamiento tendrá efectos de cosa juzgada relativa, supeditada al cargo efectivamente estudiado.

Planteamiento del problema jurídico y esquema de resolución

14. Los demandantes plantean que el artículo 146 de la Ley 836 de 2003 viola el artículo 13 de la Constitución debido a que establece un trato desigual, injustificado y más gravoso para los militares, en comparación con otros servidores públicos, respecto del grado de consulta en los distintos procedimientos disciplinarios.

La Universidad del Rosario fue el único interviniente que consideró que la norma acusada debe ser declarada inconstitucional, en tanto vulnera el derecho a la igualdad. Explicó que no existe una razón válida para la diferencia de trato respecto del grado de consulta en el régimen disciplinario.

Por su parte, las Universidades Externado de Colombia[52], Libre, Sergio Arboleda, Caldas y Nariño, y el Ejército Nacional, el Ministerio de Defensa, el Instituto Colombiano de Derecho

Procesal, la Fuerza Aérea Colombiana y la Policía Nacional expresaron los motivos por los cuales estiman que la norma es constitucional. La mayoría exponen que las diferencias entre los distintos regímenes disciplinarios, está justificada a partir de la Constitución, que explícitamente estatuye que las Fuerzas Militares tendrán un régimen disciplinario propio.

Como ya se indicó, la Procuraduría General de la Nación defendió la constitucionalidad de la norma, y explicó que la Corte debe ejecutar un test leve de igualdad, el cual es sorteado por el artículo acusado, en tanto la diferencia de trato de las Fuerzas Militares en el procedimiento disciplinario, es constitucionalmente admisible.

15. De acuerdo con todo lo expuesto, en el presente caso la Corte Constitucional debe determinar: ¿el artículo 146 de la Ley 836 de 2003, que consagra el grado de consulta de los fallos absolutorios en el procedimiento disciplinario especial para militares, vulnera el artículo 13 de la Constitución Política, al establecer un tratamiento desigual y más gravoso para éstos, respecto de otros servidores públicos?

Para resolver el referido problema jurídico esta Sala abordará los siguientes temas: (i) el régimen disciplinario especial de las Fuerzas Militares y los límites a la libertad de configuración legislativa en esta materia y (ii) el análisis del cargo.

El régimen disciplinario especial de las Fuerzas Militares y límites al poder de configuración legislativa

16. Esta Corporación en diferentes oportunidades se ha referido a la naturaleza jurídica de las Fuerzas Militares, y ha reiterado su carácter militar, en contraposición, por ejemplo, a la esencia civil de la Policía Nacional o de otras instituciones estatales. Así, según la Constitución en los términos del artículo 217[53], tales fuerzas están compuestas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea y su objetivo principal es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

De igual manera, la Carta Política establece que, debido a la especialidad de la función constitucional que cumplen las Fuerzas Militares y todas aquellas especificidades que implica mantener una organización castrense, es necesario que el Legislador establezca para tales Fuerzas: (i) un sistema de reemplazos y ascensos; (ii) un sistema de derechos y obligaciones de sus miembros; y regímenes especiales propios de (iii) carrera, (iv)

prestacional y (v) disciplinario.

17. En lo que respecta al régimen disciplinario, es importante destacar que esta Corporación en anteriores oportunidades ha definido la naturaleza de ese régimen y los límites que tienen el Legislador al momento de diseñar, tanto su parte sustantiva como procedimental. De manera general, esta Corte ha considerado que la principal diferencia que tiene, o debe tener, el régimen disciplinario propio de las Fuerzas Militares, respecto del aplicable a los demás servidores públicos, está relacionada con la identificación de las faltas y las sanciones correspondientes a los militares, que se justifican además en la especialidad de la función constitucional que los mismos cumplen[54].

18. De lo anterior, como regla general, se puede desprender que el Legislador debe establecer un régimen sustancial diferenciado en el cual se precise el catálogo de faltas y sanciones bajo las cuales van a ser juzgados los militares. Según la sentencia C-310 de 1997[55], “lo que en verdad diferencia los estatutos disciplinarios de las fuerzas militares y de la policía nacional frente a los demás regímenes de esta clase, es la descripción de las faltas en que pueden incurrir sus miembros y las sanciones que se les pueden imponer, precisamente por la índole de las funciones que están llamados a ejecutar, las que no se identifican con las de ningún otro organismo estatal”.

Aunado a lo anterior, es claro para esta Corporación que el régimen disciplinario especial de las Fuerzas Militares no puede incluir cualquier tipo de falta, sino únicamente aquellas relacionadas con la función militar, es decir, aquellas cuya comisión afecta directamente el servicio público encomendado a tales Fuerzas. Este es uno de los principales límites a la potestad del Congreso en esta materia. Al respecto, esta Corte en sentencia C-620 de 1998[56], indicó: “...los regímenes especiales disciplinarios sólo pueden comprender las regulaciones íntimamente vinculadas con su objeto específico. Para la Corte es claro que, en el caso bajo examen, conductas que trasciendan la función propiamente militar o policiva, por carecer de relación directa con el servicio, no podrán quedar cobijadas dentro de las indicadas regulaciones”.

19. Respecto del régimen procesal disciplinario, en reiteraciones posteriores[57], la Corte precisó que el mandato constitucional del artículo 217, no necesariamente obliga al Legislador a diferenciar el procedimiento bajo el cual tales faltas y/o sanciones van a

imponerse; es decir, respecto del derecho procesal existe un amplio margen de configuración, en el cual se permite incluso unificar procedimientos[58].

La regla surgió especialmente a partir de la sentencia C-310 de 1995, en la que el debate estaba circunscrito a determinar si el Legislador podría establecer un procedimiento único aplicable, incluso a aquellos servidores que por sus funciones son destinatarios de regímenes disciplinarios propios y especiales, como las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. En ese momento, se indicó expresamente: “No sucede lo mismo con el procedimiento que se debe seguir para la aplicación de tales sanciones, pues éste sí puede ser igual o similar al que rige para los demás servidores públicos, de ahí que el legislador haya decidido establecer uno sólo, el consagrado en el Código Disciplinario Único”.

Ahora bien, con la expedición de la sentencia C-1079 de 2005[59], esta Corte precisó que la referida regla es aplicable en ambos sentidos. Es decir, existe un amplio margen de configuración legislativa respecto del procedimiento disciplinario aplicable a miembros de las Fuerzas Militares, que permite tanto igualar como diferenciar este tipo de normas adjetivas. En efecto, en la precitada sentencia se estableció:

“De todas maneras, si el legislador considera viable establecer no sólo diferencias en cuanto al alcance de las normas sustantivas, sino también en relación con el procedimiento señalado para llevar a cabo la función disciplinaria, no por ello es posible argumentar la existencia de una irregularidad que afecte la constitucionalidad de los preceptos legales que así lo consagren, ya que el reconocimiento de un régimen disciplinario especial le otorga competencia per se al legislador para crear, regular y delimitar infracciones y sanciones disciplinarias por fuera del régimen común, y para prever procedimientos o trámites específicos que garanticen su efectiva imposición.”

20. Por último, es importante destacar que la libertad legislativa en el diseño y creación de los regímenes disciplinarios especiales, se enmarca dentro de la función general del Estado relacionada con el cumplimiento de la función pública; es decir, la potestad del Estado de sancionar a sus servidores está delimitada expresamente por el fin que persigue el mismo.

Así, por regla general los regímenes disciplinarios no pueden elevar a la categoría de falta cualquier clase de comportamiento, sino exclusivamente aquellos que afectan la función

pública que compete a los servidores del Estado, lo cual implica que en el ámbito de la potestad disciplinaria tienen aplicación, los principios que dominan la actividad sancionadora del Estado, “cuáles son los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad”[60].

En otras palabras, el margen de configuración en esta materia es amplio, siempre y cuando no vulnere normas superiores[61], lo anterior, con el objetivo de proteger los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, y de garantizar los derechos fundamentales del sujeto disciplinado al juez natural y al debido proceso.

21. De lo expuesto es viable concluir que esta Corte ha reconocido que en el diseño y creación del régimen disciplinario especial de los miembros de las Fuerzas Militares, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa. Lo anterior tiene como fundamento principal (i) la expresa autorización constitucional que se encuentra definida en el artículo 217 Superior, que enfatiza la amplitud del margen legislativo en esta materia particular, pues se trata de una habilitación constitucional, y que se complementa con fundamentos adicionales como: (ii) la especificidad de la función pública que cumplen al interior de la estructura del Estado (preservar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional); y (iii) su estructura castrense.

Por último, (iv) la autonomía del Legislador aplica tanto para la descripción de conductas que constituyen faltas disciplinarias y sus respectivas sanciones (materia sustancial), como para definir el régimen procesal (materia procedimental), siempre y cuando no se vulneren normas superiores en ese ejercicio democrático. Lo anterior, con el objetivo de proteger los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, y de garantizar los derechos fundamentales del sujeto disciplinado al juez natural y al debido proceso.

Análisis del cargo por violación del artículo 13 constitucional

22. En el caso sub-judice, los accionantes estiman que se desconoce el artículo 13 de la Constitución, porque el artículo 146 de la Ley 836 de 2003, establece que los fallos absolutorios en el procedimiento especial disciplinario de las Fuerzas Militares serán objeto del grado de consulta de manera obligatoria, mientras que una norma de ese talante, no se encuentra en ninguno de los otros regímenes disciplinarios especiales, ni en el general.

Los actores indican que si bien existen algunas especialidades que hacen diferenciables a los regímenes disciplinarios, lo cierto es que la habilitación constitucional consagrada en el artículo 217 Superior no implica que el Legislador pueda vulnerar el derecho a la igualdad de los disciplinados en el régimen militar. Por ello, proponen como parámetro de comparación el tratamiento que se le da a los disciplinados respecto del grado de consulta en los distintos regímenes.

23. Como se indicó en el acápite sobre la aptitud de esta demanda, esta Sala considera que, a pesar de que existen pronunciamientos de esta Corte que han establecido que los regímenes disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Militares y los demás servidores públicos no son, en principio, comparables[62], lo cierto es que en este caso la demanda propuso un *tertium comparationis* que se circunscribe a una figura procesal específica. Es decir, no está cuestionando la diferenciación entre los regímenes disciplinarios, pues se entiende que la misma es desarrollo de un mandato constitucional, sino el tratamiento respecto de una figura específica como es el grado jurisdiccional de consulta, que en opinión de los accionantes, es más gravoso para los militares, que hacen parte de la categoría genérica de servidores públicos.

En este sentido, es claro que el patrón de igualdad está marcado por el tratamiento que se da a la procedencia del grado de consulta, ya que el derecho a un trato igual ante la Ley es predicable de todos los servidores públicos, como una categoría general. En esa medida, los accionantes presentaron la siguiente información[63]:

La consulta en procesos disciplinarios de:

Procedencia del grado de consulta

Miembros de las Fuerzas Militares

Para todos los fallos absolutorios por faltas graves y gravísimas dictados en primera instancia

Servidores públicos uniformados de la Policía Nacional

No consagra consulta para fallos de primera instancia independientemente de que la decisión sea absolutoria o sancionatoria

Servidores públicos de la Rama Judicial cuyas conductas son conocidas por los Consejos Seccionales de la Judicatura

Para las decisiones que ponen fin al proceso en primera instancia, cuando no son apeladas y sólo en lo desfavorable a los procesados

Servidores públicos sujetos al Código Disciplinario Único

No consagró la procedencia de la consulta para fallos de primera instancia independientemente de que la decisión sea absolutoria o sancionatoria

Atendiendo a ese patrón de igualdad, la Corte estima que en efecto hay un trato desigual respecto del grado de consulta en los distintos procedimientos disciplinarios. Por ende, pasa a revisar si ese trato desigual que se presenta respecto del grado jurisdiccional de consulta entre los distintos regímenes disciplinarios supera o no un test de igualdad.

Breves precisiones conceptuales acerca del test de igualdad[64]

23. Debido a que se propone un cargo por violación de la igualdad, es necesario seguir los pasos del test de igualdad que desde antaño esta Corte ha identificado. Para empezar, cabe recordar brevemente los contenidos de dicho test, sus principales elementos y la evolución que ha tenido la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha analizado extensamente la forma en que debe realizarse el análisis de constitucionalidad de una norma en virtud del principio de igualdad. En ese camino, la Corte ha identificado varios métodos.

24. El primero, denominado test o juicio de proporcionalidad, es frecuentemente utilizado por la Corte Europea de Derechos Humanos y algunos tribunales constitucionales, como los de España y Alemania, y de manera particular, fue explicado por esta Corte en la Sentencia C-022 de 1996[65]. En este tipo de test, el juez debe determinar si las normas acusadas de violar la cláusula general de igualdad: (i) persiguen un objetivo a través del establecimiento del trato desigual; (ii) ese objetivo es válido a la luz de la Constitución; y (iii) el trato desigual es razonable, es decir, el fin que persigue es o no proporcional con la medida discriminatoria que implementa la norma objeto de estudio. A su vez, la última etapa del test estaba conformada por tres elementos, así:

“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”(resaltado fuera del texto)”[66].

25. El segundo método, denominado test de igualdad, ha sido desarrollado principalmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos. Éste señala la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” que hace el juez, e identifica, principalmente, tres niveles: débil, intermedio y estricto. La mencionada diferenciación es importante, toda vez que brinda al juez el espectro para el análisis de constitucionalidad. Esta Corte, en sentencia C-093 de 2001[67] incorporó la teoría de los niveles de intensidad[68] al test de igualdad, así:

“(el test de igualdad) se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento”.

26. Finalmente, la jurisprudencia constitucional colombiana ha integrado las dos posturas anteriores, debido a que las considera teóricamente compatibles y complementarias, en lo que ha denominado un el juicio integrado de igualdad[69]. En este juicio, básicamente, el juez constitucional al evaluar una norma acusada de vulnerar el artículo 13 superior, combina el test de proporcionalidad de la primera versión del juicio, con los niveles de escrutinio de la segunda fase. En efecto, la precitada sentencia C-093 de 2001 señaló:

“... este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no

es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses.”

Este test integrado de igualdad ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional como la metodología idónea para decidir demandas o casos que plantean violación del principio de igualdad. En efecto, sentencias como las C-673 de 2001[70], C-624 de 2008[71], C-313 de 2013[72], C-601 de 2015[73], C-220 de 2017[74], C-389 de 2017[75] y C-535 de 2017[76], entre otras han hecho uso de este.

26.1 Debido a lo anterior, esta Corte debe identificar si se debe usar un juicio leve, estricto o intermedio[77]. El escrutinio débil o suave (test leve), se usa como regla general, debido a que existe prima facie una presunción de constitucional de las normas expedidas por el Legislador. El test está dirigido a verificar que la actividad legislativa se ejerza dentro del marco de razonabilidad y que, por ende, no se adopten decisiones arbitrarias y/o caprichosas[78]. Así, para que una norma sea declarada constitucional en este caso, basta con que el trato diferente que se examina sea: (i) una medida “potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico”[79].

Por lo tanto, en términos de la sentencia C-673 de 2001, en este tipo de test la Corte se limita “por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto”. En otras palabras, es necesario constatar que el trato diferente: (i) atiende a un fin u objetivo legítimo, (ii) no es una distinción constitucionalmente prohibida y (iii) la medida es adecuada para la consecución de la finalidad identificada.

26.2 Por otra parte, el escrutinio estricto (test estricto) se aplica cuando una diferenciación se fundamenta en lo que la doctrina constitucional ha denominado “criterios sospechosos”, que no son otra cosa que causas de discriminación prohibidas explícitamente por la Constitución[80] o que: “i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; ii) son características que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural

que tienden a menospreciarlas; y iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales”[81].

26.3 Por último, el juicio intermedio (test intermedio) es una categoría que se sitúa entre los dos niveles de intensidad anteriormente descritos. Se aplica en los casos en que existen normas basadas en criterios sospechosos pero con el fin de favorecer a grupos históricamente desfavorecidos. Se trata de casos donde se aplica lo que la doctrina ha denominado acciones afirmativas[82], tales como las medidas que utilizan un criterio de género o raza para promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior[83].

27. Hechas estas precisiones conceptuales, pasa esta Corporación a exponer las razones por las cuales considera que la medida adoptada en el artículo 146 de la Ley 836 de 2003 (grado de consulta para fallos absolutorios en el proceso disciplinario de las Fuerzas Militares), debe ser evaluada a través de un test leve de igualdad.

En efecto, el test debe ser leve en razón a que la norma demanda no representa ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, ni afecta a un grupo marginado o discriminado, toda vez que: En primer lugar, la expedición de la Ley 836 de 2003 es desarrollo del mandato constitucional establecido en el artículo 217, que autoriza y avala el trato diferenciado que se da, respecto del régimen disciplinario militar. En otras palabras, la medida acusada (consulta de fallos absolutorios) no está expresamente prohibida por la Carta, ni se justifica en un criterio sospechoso. Y, en segundo lugar, es evidente que las Fuerzas Militares no han sido consideradas con un grupo históricamente marginado o discriminado.

Aunado a lo anterior, es importante resaltar que la Ley 836 de 2003 fue expedida directamente por el Congreso de la República, es decir, su aprobación fue el resultado de una amplia y participativa deliberación democrática que fortalece la legalidad de la norma. Adicionalmente, como se explicó ut supra en materia de procedimiento, y en especial de procedimiento disciplinario, el Legislador goza de un amplio margen de configuración, que supone a su vez un escrutinio leve respecto de la constitucionalidad o no de la medida adoptada. Todo lo anterior, conlleva a la conclusión de que no existen argumentos que

permitan a esta Sala apartarse de la regla general, para aplicar un test de igualdad con una intensidad diferente a la leve.

28. Debido a lo expuesto, esta Sala pasa a determinar: ¿la diferencia de trato respecto del grado jurisdiccional de consulta para las Fuerzas Militares, en relación a otros regímenes disciplinarios, tiene un objetivo legítimo? Y ¿si dicho trato está expresamente prohibido?

La demanda intenta responder estas preguntas a partir de la comparación de los miembros de las Fuerzas Militares con los miembros de la Policía Nacional, los de la Rama Judicial y los demás sujetos pasivos del régimen disciplinario en general, y en especial, establece que es inconstitucional la consagración diferenciada del grado de consulta en los distintos regímenes disciplinarios que les son aplicables a estas categorías. Lo anterior, a partir de lo que los accionantes denominan la categoría genérica de servidores públicos.

29. Sin embargo, la Sala encuentra que el establecimiento de diferencias entre la consagración del grado de consulta en los distintos regímenes disciplinarios es una medida autorizada por la misma Carta de 1991, es decir, (i) atiende a un fin u objetivo legítimo, (ii) no es una distinción constitucionalmente prohibida y (iii) la medida es adecuada para la consecución de la finalidad identificada.

29.1 Respecto al objetivo legítimo del grado de consulta en procesos disciplinarios, esta Corte ha indicado que esa figura jurídica tiene por finalidades primordiales: (a) proteger el interés público y el ordenamiento jurídico, (b) garantizar los derechos fundamentales, y (c) salvaguardar los principios de la función administrativa como la moralidad, la igualdad, la transparencia, la imparcialidad y la eficiencia. En efecto, la Sentencia T-655 de 2002[84] indicó, acerca de la finalidad que busca esta institución, que:

“El grado de consulta está instituido en el derecho disciplinario con el fin de proteger el interés público, el ordenamiento jurídico y los derechos y garantías fundamentales, y para garantizar la moralidad, igualdad, transparencia, imparcialidad y eficiencia de la función administrativa.

Con la consulta, el superior funcional de la autoridad disciplinaria que toma la decisión en primera instancia, verifica que la actuación y la decisión que se revisan correspondan a los presupuestos fácticos y jurídicos de la investigación disciplinaria. Sin embargo, sólo son

consultables aquellas decisiones absolutorias y las que impongan sanciones de menor jerarquía, como la amonestación escrita, pues en los demás casos el disciplinado tiene a su disposición los escenarios para impugnar ante las autoridades correspondientes el respectivo fallo sancionatorio.

Al descender al caso concreto, esta Sala encuentra que el artículo 146 de la Ley 836 de 2003, es concordante con los objetivos generales del grado de consulta en los procesos disciplinarios, y además atiende a particularidades propias del control que el Estado debe hacer respecto de los miembros de las Fuerzas Militares. En efecto, establecer la consulta de los fallos absolutorios en este tipo de procesos, busca: (a) generar mayores grados de confianza por parte de la ciudadanía y la misma fuerza militar, en la observancia plena de las normas disciplinarias, lo anterior, debido a que la mayoría de los operadores jurídicos en estos procesos hacen parte de una estructura jerárquica[85]; (b) evitar la impunidad en este tipo de procesos y garantizar los derechos fundamentales, tanto de los disciplinados, como de las demás partes involucradas en el proceso disciplinario (víctimas y/o denunciantes); y (c) controlar, por mandato legal, los actos del juzgador de primera instancia, debido a la especialidad de la misión que le es otorgada a las Fuerzas Militares, en concordancia con los principios de la función pública.

29.2. Ahora bien, respecto de la ausencia de prohibición constitucional y de la adecuación de la medida, es imperioso indicar que los mismos accionantes reconocen que los miembros de las Fuerzas Militares tienen un régimen propio y que la Constitución Política ordenó al Legislador establecer para éstos un régimen disciplinario diferenciado. A pesar de lo anterior, proponen como parámetro de comparación “el tratamiento sobre la procedencia del grado de consulta en los distintos regímenes disciplinarios”. Respecto de tal argumentación, la Sala Plena considera, como fue advertido por la mayoría de los intervinientes en este proceso, esta diferenciación en el trato no sólo no está prohibida por la Constitución, sino que está expresamente permitida por el artículo 217 de la misma. De todos modos, al efectuar la comparación propuesta esta Sala encuentra que:

En primer lugar, es claro que respecto de la categoría genérica de “servidores públicos”, los miembros de las Fuerzas Militares son diferenciables porque cumplen labores especiales relacionadas con la defensa de la soberanía nacional, de la integridad del territorio y del orden constitucional, por las cuales éstos ostentan el monopolio y el uso legítimo de las

armas. La especialidad y cuidado de la función constitucional otorgada a las Fuerzas Militares, es lo que, en los términos constitucionales, justifica la existencia de un régimen disciplinario especial que les es propio y hace que la medida adoptada sea adecuada.

Al respecto, es importante resaltar que, como se indicó ut supra, el régimen disciplinario, está fundamentado en el cumplimiento de las diferentes labores que se derivan de la Función Pública (art. 209 C. N.). Tal y como lo indicó esta Corte, sentencia C-563 de 1998[86]:

“En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento.”

Se deriva de lo anterior, que el régimen disciplinario es concebido como una forma jurídica que tiene el Estado para regular la actividad del servicio público[87]. Por tal motivo, está estrechamente relacionado con las funciones que cumple cada institución estatal. Debido a esta particularidad, en esta sentencia se hizo hincapié en que la función que cumplen las Fuerzas Militares es especialísima, lo que a su vez implica que para su ejercicio deba tener una estructura jerárquica y/o castrense, que requiera de distintos regímenes propios que se adapten a la referida estructura.

En efecto, como se precisó, una de las principales justificaciones para la diferencia en materia disciplinaria, en especial respecto del grado de consulta de los fallos absolutorios, está relacionada con la especificidad de las faltas y las sanciones que pueden ser aplicables solo a quien hace parte de la estructura castrense. Por ejemplo, una falta que no tiene sentido para un miembro de la Rama judicial, pero sí para algún militar es la siguiente: “No presentarse a su unidad los tripulantes de una nave marítima, fluvial o aérea estando bajo órdenes de zarpe o decolaje en puerto o aeropuerto nacional o extranjero, sin causa

justificada”[88].

De esta manera, resulta claro que, como regla general, la función de “defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” no puede ser atribuida a ninguna otra entidad estatal, y en esa medida, los servidores públicos que cumplen con este ítem de la Función Pública (la defensa), deben estar sometidos a un régimen disciplinario especial. De lo cual, también resulta diáfano que debido a la variedad de organismos y entidades, no es constitucionalmente exigible al Legislador que establezca un régimen disciplinario bajo las mismas condiciones sustanciales ni procesales.

En otras palabras, a pesar de que los demandantes intentan equiparar a todos los servidores públicos en torno al grado de consulta en los procedimientos disciplinarios de cada régimen, para esta Sala Plena es evidente que la medida establecida en el artículo 146 de la Ley 836 de 2003 no es inconstitucional, en los términos de igualdad en relación a los demás regímenes disciplinarios, porque la misma Constitución establece la necesidad de diferenciarlos, debido a las funciones, actividades, organización y finalidad constitucional de cada uno de ellos, o mejor, de las instituciones para las que prestan su servicio.

En segundo lugar, como lo ha establecido esta misma Corporación, si bien los miembros de la Policía Nacional y los de las Fuerzas Militares hacen parte de la Fuerza Pública, en los términos del artículo 216 Superior, ello no implica que la Constitución haya desconocido las diferencias esenciales que existen entre estos dos cuerpos armados y tampoco que entre estas dos instituciones deba establecerse un régimen disciplinario equiparable.

En efecto, es importante resaltar que, como lo advirtieron algunos intervinientes, este Tribunal en la sentencia C-1156 de 2003[89], expresamente indicó que:

“La Corte ha explicado que frente a los aspectos aludidos de su régimen jurídico los miembros de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, Fuerza Aérea y Armada Nacional- y los de la Policía Nacional no se encuentran en la misma situación que los demás servidores públicos.

La Corte ha explicado así mismo que el régimen aplicable a las Fuerzas Militares no es idéntico al de la Policía Nacional, pues si bien ambas instituciones forman parte de la

Fuerza Pública (C.P. art. 216), tienen una distinta naturaleza jurídica y persiguen distintos fines constitucionales.”

Específicamente, respecto de la diferencia que pueda existir entre formas de juzgamiento para policías y militares, esta Corporación ha señalado la imposibilidad de asimilar las dos instituciones en términos de estructura y de organización. Es decir, el cargo por violación de la igualdad, respecto del establecimiento del grado de consulta de fallos absolutorios en el régimen militar, en comparación con el estatuto aplicable a la Policía Nacional no está llamado a prosperar porque tales estructuras procedimentales no tienen por qué responder a idénticas consideraciones, pues variarán de acuerdo con las funciones particulares que les asigna la Constitución y que determinan su estructura. En la sentencia C-740 de 2001[91], esta Corte explicó:

“Así, en el juicio de igualdad propuesto[92] lo primero que ha de tenerse en cuenta es que el término de comparación utilizado por el actor resulta inapropiado, pues no es posible establecer, válidamente, una equivalencia entre los juzgados de los Departamentos de Policía y Policías Metropolitanas, y los jueces de Brigadas y Divisiones del Ejército Nacional, la Fuerza Aérea y la Armada Nacional.

Tanto por razones que aluden a las finalidades diferentes de las instituciones señaladas, como a su estructura y organización específicas, tal equiparación no es conducente.

Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional cuentan con una organización jerárquica, que no es sin embargo idéntica, pues ésta depende de las funciones específicas que cada una está llamada a cumplir.

En este sentido esta Corporación debe recordar que si bien las instituciones señaladas hacen parte de la Fuerza Pública (C.P., art. 216), cumplen funciones constitucionales distintas que no resultan equiparables y que hacen improcedente una asimilación mecánica de una y otra en términos de estructura y de organización.”

En suma, la diferencia de trato respecto del grado de consulta que se instaura en el artículo 146 de la Ley 836 de 2003 es exequible, en tanto la distinción está constitucionalmente establecida y justificada en la especial función que le es atribuida por el constituyente primario a las Fuerzas Militares, que incluso es diferenciable de la función de la Policía.

30. En consecuencia, es importante que la Sala Plena reitere que la medida consagrada en el artículo 146 de la Ley 836 de 2003, evaluada desde la perspectiva de la igualdad (i) busca un fin legítimo, (fundamento jurídico 29.1), (ii) no se encuentra expresamente prohibida por la Constitución ni la ley, y (iii) es adecuada para la consecución de tal fin. Así se concluye que la medida adoptada hace parte del desarrollo del amplio margen de configuración que, tanto en materia sustancial como procedimental, tiene el Legislador en materia de regímenes disciplinarios (fundamento jurídico 29.2). Es decir, la norma supera el test leve de igualdad. Por tanto, el artículo 146 de la Ley 836 de 2003 no vulnera el artículo 13 de la Constitución y debe ser declarado exequible por el cargo analizado.

Conclusión

31. Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, la Corte encuentra que el cargo formulado no está llamado a prosperar, pues el Legislador goza de plena autonomía para establecer un régimen disciplinario especial para los miembros de las Fuerzas Militares, tanto en materia sustancial como procesal, distinto del régimen común reconocido para el juzgamiento de las faltas disciplinarias cometidas por el resto de los servidores públicos del Estado. Por lo anterior, el Congreso no infringió el artículo 13 de la Constitución cuando estableció que el grado de consulta en el procedimiento disciplinario militar es diferente del de los demás regímenes.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Segundo: Declarar EXEQUIBLE el artículo 146 de la Ley 836 de 2003, “por la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”, en relación con el cargo por violación del derecho a la igualdad.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Ausente en comisión

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSE FERNANDO REYES

A LA SENTENCIA C-053/18

(JUNIO 27 DE 2018)

CONSULTA DE FALLO ABSOLUTORIO-Una sentencia que absuelve a una persona a quien se le han formulado cargos, lo que hace es reafirmar su presunción de inocencia (Salvamento de voto)/REGIMEN DISCIPLINARIO ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES-No se puede justificar la desigualdad de trato en lo que atañe a la consulta de los fallos absolutorios solo por ser parte de la estructura castrense (Salvamento de voto)

Respetuosamente consigno las razones que me llevaron en su día, a apartarme de la decisión mayoritaria, al entender el suscrito, que tal como lo proclamaba la censura, evidentemente se violaba el principio de igualdad en el caso sometido a estudio de la Corporación.

La sentencia se ocupó de esclarecer si “el artículo 146 de la Ley 836 de 2003, que consagra el grado de consulta de los fallos absolutorios en el procedimiento disciplinario especial para militares, vulnera el artículo 13 de la Constitución Política, al establecer un tratamiento desigual y más gravoso para éstos, respecto de otros servidores públicos?”[93]

1. En efecto, la igualdad como derecho y garantía, implica la obligación de todos los poderes públicos de dar un trato similar a todos los ciudadanos sometidos a su imperium, de suerte que toda discriminación o trato diferenciado, debe encontrar clara apoyatura que le justifique, pues, de no, quien a la postre resulte afectado puede hacer evidente la desigualdad de que se dice víctima.

Pues bien. De tiempo ha que en el derecho procesal, se han venido reduciendo con mucho, los casos en los cuales el acudimiento a la “consulta” como un grado jurisdiccional, se haga imperioso, en tanto los eventos que lo hacen admisible, cada día se entienden han de ser excepcionalísimos, pues, es la iniciativa de las partes las que deben activar las discusiones sobre el fallo o la decisión que se tratare, a través de la interposición de los recursos pertinentes.

Así las cosas, la consulta tiene en la mayoría de los casos un efecto protector[94], en tanto se entiende que el blindaje que a la decisión otorga la visión del ad quem, otorga un más alto grado de certeza al pronunciamiento judicial. Así las cosas, por lo general la consulta, protege a la parte que se aprecia más débil dentro del trámite judicial.

El derecho disciplinario como una forma de autotutela

2. El derecho disciplinario, comporta una especial forma de auto tutela de la administración, en tanto pretende mantener incólume la función pública, vista en perspectiva del ciudadano, quien a la postre será el beneficiario de una administración transparente, honesta, oportuna, eficiente. El derecho disciplinario como un conjunto de reglas y procedimientos, pretende que los principios del Estado Constitucional, tengan clara vigencia dentro del cúmulo de las llamadas “relaciones de especial sujeción”, que no por tales, pueden tenerse como un ámbito libre de derecho. De esta manera ha de entenderse que el conjunto de reglas que gobiernan los procedimientos necesarios para el discernimiento de una sanción, deben poder interpretarse conforme a la Carta Política.

En esa perspectiva un tratamiento procesal desigualitario está proscrito, y sólo podrá atenderse si existen razones suficientes, fuertes y claramente evidenciadas, que hagan conforme con el Texto Superior, la diferencia en el trato.

Pues bien. Repasado con detalle el universo de los procedimientos disciplinarios en la actualidad existentes, como bien lo hizo la decisión que aquí no se comparte, puede observarse que sólo en la Ley 836 de 2003, se ha previsto la obligación de consultar un fallo absolutorio, lo cual ya de suyo entraña un motivo de sospecha, pues, una sentencia que absuelve a una persona a quien se han formulado cargos, lo que hace es reafirmar su presunción de inocencia, y en tal dimensión, obligar su visión por el ad quem, aparece prima facie poco o nada justificable. Corresponde entonces buscar las razones que puedan fundar una tan especial forma de ver la necesidad de esa doble instancia forzada.

Las razones de la sentencia C-053/18

3. La sentencia C-053/18 dice entonces que la consulta del fallo absolutorio se justifica porque pretende “(a) proteger el interés público y el ordenamiento jurídico, (b) garantizar los derechos fundamentales, y (c) salvaguardar los principios de la función administrativa

como la moralidad, la igualdad, la transparencia, la imparcialidad y la eficiencia”.

Pero además porque “atiende a particularidades propias del control que el Estado debe hacer respecto de los miembros de las Fuerzas Militares. En efecto, establecer la consulta de los fallos absolutorios en este tipo de procesos, busca: (a) generar mayores grados de confianza por parte de la ciudadanía y la misma fuerza militar, en la observancia plena de las normas disciplinarias, lo anterior, debido a que la mayoría de los operadores jurídicos en estos procesos hacen parte de una estructura jerárquica[95]; (b) evitar la impunidad en este tipo de procesos y garantizar los derechos fundamentales, tanto de los disciplinados, como de las demás partes involucradas en el proceso disciplinario (víctimas y/o denunciantes); y (c) controlar, por mandato legal, los actos del juzgador de primera instancia, debido a la especialidad de la misión que le es otorgada a las Fuerzas Militares, en concordancia con los principios de la función pública.”

4. Bien podrá concluirse de lo antes transcrito –que es en general, el tema medular de la discusión que se plantea—que lo dicho puede ser predicable de todos los servidores públicos, pues, no hay forma de que se pueda concluir la existencia de algún segmento de la vida pública, donde el Estado no tenga un especial interés en generar –por medio del comportamiento de los servidores públicos – la debida confianza de los ciudadanos, o el evitar la existencia ámbitos de impunidad, o la necesidad de propiciar el control de los juzgadores a quo, o, finalmente, el salvaguardar los principios que incardina el art. 209 constitucional.

De manera análoga, lo que la sentencia aprobada afirma como razones para la desigualdad, son perfectamente predicables de todos los servidores públicos, sin ninguna excepción. Es que si las razones anotadas fueran fuertes, entonces en general toda sentencia penal, por ejemplo, cuando se absuelva al procesado, debería ser consultada, pues, a los ojos de la comunidad, un fallo blindado en dos instancias hace menos susceptibles de sospecha a las autoridades judiciales, ahí sí, en temas que, como pocos, concitan la especial atención ciudadana.

5. Así que decir, que se pretende un legítimo control de los fallos primarios, por el especial cuidado que sobre lo militar se debe tener, no puede tenerse como un argumento con una fuerza siquiera relativa pues, el mismo resulta admisible para cualquier tópico de especie

diversa sobre el mismo genus.

Aunque el fallo no lo afirma de manera explícita, es el criterio de responder lo militar a una estructura jerárquica, lo que parece ser el entibo de la justificación de la desigualdad de trato, aquí vista, entonces, cumple preguntarse ¿por qué no se hizo evidente esa razón con perspectiva a realizar una integración normativa, en todos los casos en que pudiera advertirse que la existencia de estructuras de esa naturaleza, hiciera imperiosa la consulta de fallos absolutorios –como por ej. no sucede en el régimen de la Policía Nacional–? Porque lo que un ciudadano medianamente observador concluirá de entrada, y sin margen de dudas, es porqué en otros segmentos, la dicha remisión al ad quem con los fines anotados, no constituye un imperativo. [Dicho sea de paso, mejor hubiera de hablarse de relaciones en que priman el mando y la disciplina y, por ende, la obediencia debida, más que el hablar de estructuras jerárquicas, pues, es un término que puede llevar a equívocos].

6. El fallo agrega que la consulta en este caso no puede tenerse como un factor de desigualdad dada la “especialidad de la misión que le es otorgada a las Fuerzas Militares”, sumándose así un criterio más de preocupación, pues, la función de la defensa del Estado por medio de las armas, aunada a todas las demás que cumple la Organización es absolutamente indispensable, necesaria y urgente, como la totalidad de las que hacen vívida la existencia de una nación.

Piénsese por ej. en un ministro o un jefe de Estado, que en función de su cargo, traicionara sus funciones y realizase actividades que entregasen a otros Estados nuestras riquezas, o que debilitaran su seguridad y con ella la pervivencia de la Organización social vigente. Nótese como se trata de personas que cumplen sus funciones sin la presencia de las armas, pero que, en un momento dado, pueden generar riesgos de muchísima mayor envergadura para la pervivencia de la comunidad organizada, que la podría propiciar un militar indisciplinado, con lo cual el argumento es apenas aparentemente fuerte, pero simplemente es otro más que se adosa, solo en procura de agigantar un poco su peso, pero lográndolo apenas en su número.

Así que decir que los militares precisan un trato distinto porque “cumplen labores especiales relacionadas con la defensa de la soberanía nacional, de la integridad del territorio y del orden constitucional”, entre otras, apenas si sirve para denotar su

especialidad funcional pero no para dar fundamento a la diferencia de trato, pues, como se anotó, otros servidores públicos pueden lesionar de manera más grave la integridad de la nación.

Ciertamente el trato disciplinario de los militares ha de ser diferente por su especialidad, y ello ya se advierte en la connotación de las faltas y las sanciones, pues, de hecho, no se gobierna su actuar por el CDU. Parece de Perogrullo decirlo, pero así lo ha reiterado de años, esta Corte. Pero de allí a justificar la desigualdad de trato en lo que atañe a la consulta de los fallos absolutorios, dada la “especificidad de las faltas y las sanciones que pueden ser aplicables solo a quien hace parte de la estructura castrense”, existe un abismo de inatención que nos parece claro, pues, entonces, debería consagrarse una especial forma de trato procedimental disciplinario, cada que fueran advertibles especificidades funcionariales no replicables en otros ámbitos.

Conclusión

7. Dejo de esta forma consignadas las razones de mi voto particular. De seguro serán equivocadas porque en su día no convencieron a los colegas de la Sala Plena. Es sin embargo esa la andadura que deben soportar los debates jurídicos, hasta que un día luces diferentes, puedan alumbrar las mismas sendas y se puedan advertir así, como correctas, las razones que hoy son apenas una fugaz opinión sin eco mayor que la confianza de la conciencia de quien las escribe.

Fecha ut supra.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] Folios 16 a 19, cd. inicial.

[2] Folio 5 cd. Corte.

[3] Folio 7 ib.

[4] Folio 7 ib.

[5] Folio 10 ib.

[6] Folio 11 ib.

[7] Ib.

[8] Folio 12 ib.

[9] Escrito presentado el 9 de marzo de 2017, por Alberto Montaña Plata en calidad de Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad. Folios 47 a 53 ib.

[10] Folio 50 ib.

[11] Para ello cita las sentencias C-468 de 2016, C-459 de 2010, C-308 de 2009 y C-1156 de 2003.

[12] Folio 51 ib.

[13] Folio 53 ib.

[14] Escrito presentado el 13 de marzo de 2017, por Jorge Kenneth Burbano Villamarín y Hans Alexander Villalobos Díaz, en calidad de Director y miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad. Folios 54 a 60 ib.

[15] Folio 59

[16] Escrito presentado el 13 de marzo de 2017, por el Brigadier General Juan Carlos Ramírez Trujillo en calidad de jefe Departamento Jurídico Integral del Ejército Nacional. Folios 61 a 63 ib.

[17]Folio 63 ib.

[18] Escrito enviado por correo electrónico el 14 de marzo de 2017, por Sandra Marcela Parada Aceros en calidad de apoderada especial del Ministerio. Folios 65 a 72 ib.

[19] Folio 98, reverso, ib.

[20] Escrito presentado el 14 de marzo de 2017, Diego Armando Yáñez Meza en calidad de miembro del Instituto. Folios 73 a folios 73 a 75 ib.

[21] Escrito presentado el 14 de marzo de 2017, por Álvaro Sarmiento Guacaneme en calidad de coordinador del área de Derecho Administrativo del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario. Folios 76 a 81 ib.

[22] Escrito presentado el 15 de marzo de 2017, por el General Carlos Eduardo Bueno Vargas en calidad de la Fuerza Aérea Colombiana. Folios 116 a 118 ib.

[23] Folio 117 ib.

[24] Escrito presentado el 16 de marzo de 2017, por el Coronel Pablo Antonio Criollo Rey, en calidad de Secretario General de la Policía. Folios 119 a 122 ib.

[25] Folio 120 ib.

[26] Escrito presentado el 16 de marzo de 2017, por Ernesto Lucena Barrero y Carlos Parra Dussan, en calidad Decano de la Escuela de Derecho y Director del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad. Folios 123 a 130 ib.

[27] Cita: la Ley 23 de 1981 (Normas de ética médica); la Ley 43 de 1990 (Código de ética del Contador Público), la Ley 1090 de 2006 (Código Deontológico de Psicología), entre otros.

[28] Folio 129 ib.

[29] Escrito presentado el 17 de marzo de 2017, por Laura Andrea Rocha Hurtado, Natalia González Álvarez, Luisa María Gómez Sánchez y Juan Pablo Rodríguez Cruz, como miembros y coordinadores del Consultorio Jurídico Daniel Restrepo Escobar de la Universidad. Folios 131 a 147 ib.

[30] Folio 141 ib.

[31] Folio 146 ib.

[32] Escrito presentado el 21 de marzo de 2017, por Carlos Eduardo Martínez Noguera, en calidad de Director del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación “Eduardo Alvarado”.

Folios 148 a 153 ib.

[33] Folio 153 ib.

[34] Folio 157 ib.

[35] La mención a la eventual cosa juzgada referida por uno de los intervinientes se descarta pues la sentencia C-625 de 2010, evaluó una objeción presidencial propuesta en contra del proyecto de ley, que luego derivó en la Ley 1412 de 2010. La objeción se encaminó a rebatir la gratuidad de estos procedimientos, debido a que ello podría quebrantar la sostenibilidad fiscal del Estado. La Corte declaró infundado el reproche presidencial.

[36] Folio 190 ib. Escrito presentado el 31 de enero de 2018, por Alfonso Cajiao Cabrera en calidad de Procurador Delegado para las Fuerzas Militares.

[37] Dice norma citada: “Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.”

[38] Ver, entre otros, auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[39] MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[40] Sobre el carácter relacional de la igualdad, se pueden consultar entre otras las sentencias: T-530 de 1997, MP Fabio Morón; C-1112 de 2000 y C-090 de 2001 ambas con ponencia de Carlos Gaviria.

[41] Ver las sentencias C-099 de 2013, MP María Victoria Calle; C-635 de 2012 y C-631 de 2011, ambas con ponencia de Mauricio González, entre otras.

[42] Sentencia C-1052 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[43] Cfr. C-1052 de 2001 y C-980 de 2005, ya citadas.

[44] Folio 5 cd. Corte.

[45] Folio 7 ib.

[46] Folio 7 ib.

[48] Folio 53 ib.

[49] Ver, entre otras sentencias: C-728 de 2015 M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, C-448 de 2005 M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-977 de 2002 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[50] M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[51] Al respecto pueden encontrarse, entre otras, las siguientes sentencias:

Sentencia C-728 de 2015 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez): En la cual se demandaron los artículos 6 y 7 de la Ley 1427 de 2010, “por la cual se modifica la naturaleza jurídica de la empresa de Servicio Aéreo a Territorios Nacionales (Satena) y se dictan otras disposiciones”, por vulneración de los artículos 25, 53, 123 y 158 de la Carta Política. En las intervenciones el Colegio de Abogados del Trabajo defendió la inexecutable de la norma, pero no por los cargos propuestos en la demanda, sino por violación de los derechos irrenunciables de los trabajadores. En esta ocasión, la Corte únicamente valoró la aptitud de los cargos del escrito de acusación, mas no el esbozado por Colegio de Abogados del Trabajo, en cuanto este último no fue objeto de un debate democrático a lo largo del proceso, sino que fue propuesto tardíamente, sin que el demandante, la Vista Fiscal o los demás intervinientes pudiesen expresar sus opiniones frente al mismo.

Sentencia C-448 de 2005 (M. P. Álvaro Tafur Galvis): En esta oportunidad la Corte evaluó la constitucionalidad del artículo 21 de la Ley 905 de 2004 a la luz de los señalamientos propuestos por el demandante, quien consideraba que la norma violaba los artículos 1, 194

y 287 de la Carta Política, por anular la autonomía de las entidades territoriales. Sin embargo, desechó los cuestionamientos esbozados por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario y la Academia Colombia de Jurisprudencia, quienes consideraban que, debido a que la norma ya estaba prevista en el ordenamiento, su duplicación en el precepto acusado podía dar lugar a indeterminaciones y equívocos, por tanto, podía vulnerar la Constitución Política por los términos ambiguos en que se configuró esta mediación de las autoridades nacionales. La Corte argumentó que las intervenciones y el concepto del Ministerio Público fueron concebidos para que ilustrar al juez constitucional sobre la controversia esbozada en la demanda de inconstitucionalidad, mas no para iniciar un litigio materialmente distinto en el mismo proceso, por lo cual, cuando estos presentan nuevas acusaciones, la Corte no está obligada a evaluarlas, por consiguientes, se circunscribió a los cargos de la demanda.

Sentencia C-977 de 2002 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa): A través de la cual esta Corporación dejó de examinar las acusaciones planteadas por la Procuraduría General de la Nación en contra del artículo 160 de la Ley 734 de 2002, por ser distintas de las planteadas por el accionante en la correspondiente demanda. En efecto, el precepto fue demandado por la presunta vulneración de la presunción de buena fe (art. 83 C.P.), del debido proceso (art. 29 C.P.), de la facultad exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para ordenar la suspensión de actos administrativos (art. 238 C.P.), y de la función de la Procuraduría General de la Nación de hacer cumplir la ley y no de ordenar su incumplimiento (art. 277.1 C.P.). Pese a que la controversia jurídica se configuró en estos términos, la Vista Fiscal estimó que la norma era inconstitucional pero porque se generaba una situación de desigualdad entre la personería de Bogotá y las demás personerías distritales y municipales, que no contaban con la referida facultad de solicitar la suspensión de procedimientos administrativos (art. 13 C.P.). Frente a este planteamiento, la Corte estimó que la acusación de la Vista Fiscal no podía ser valorada en el contexto del referido proceso judicial, en la medida en que no guardaba ninguna relación con la controversia jurídica de base que había dado lugar al trámite judicial.

[52] Respecto del cargo por violación del artículo 13 constitucional: igualdad.

[53] Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como

finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

[54] “ARTÍCULO 12. ESPECIALIDAD. En desarrollo de los postulados constitucionales, al personal militar le serán aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos que sean procedentes.” Ley 836 de 2003, Por el cual se expide el reglamento del régimen disciplinario de las Fuerzas Militares.

[55] M. P. Carlos Gaviria Díaz. En esta sentencia se evaluó la constitucionalidad del artículo 175 de la Ley 200 de 1995, antiguo Código Disciplinario Único.

[56] M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[57] C-620 de 1998 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-713 de 2001 M. P. Clara Inés Vargas Hernández y C-431 de 2004 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[58] En esa ocasión, el debate estaba circunscrito a verificar si el Legislador podría establecer un procedimiento único aplicable, incluso a aquellos servidores que por sus funciones son destinatarios de regímenes disciplinarios propios y especiales, como las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. La sentencia C-310 de 1997 explicó: “No sucede lo mismo con el procedimiento que se debe seguir para la aplicación de tales sanciones, pues éste sí puede ser igual o similar al que rige para los demás servidores públicos, de ahí que el legislador haya decidido establecer uno sólo, el consagrado en el Código Disciplinario Único.”

[59] M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[60] Ver, entre otras, las sentencias T-438 de 1992 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-195 de 1993 M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-1079 de 2005 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[61] Ver, entre otras, C-310 de 1995 y C-1079 de 2005, ya citadas.

[62] En efecto, es importante resaltar que, como lo advirtieron algunos intervinientes, este

Tribunal en la sentencia C-1156 de 2003[62], expresamente indicó que:

“La Corte ha explicado que frente a los aspectos aludidos de su régimen jurídico los miembros de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, Fuerza Aérea y Armada Nacional- y los de la Policía Nacional no se encuentran en la misma situación que los demás servidores públicos.

El Constituyente en efecto quiso expresamente diferenciar el caso de los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, del de los demás servidores y dejó en este sentido en manos del Legislador la tarea de establecer regímenes especiales para cada uno de ellos, como se desprende claramente del mandato contenido en los artículos 217 y 218 superiores.

La Corte ha explicado así mismo que el régimen aplicable a las Fuerzas Militares no es idéntico al de la Policía Nacional, pues si bien ambas instituciones forman parte de la Fuerza Pública (C.P. art. 216), tienen una distinta naturaleza jurídica y persiguen distintos fines constitucionales.”

Ver también sentencias C-308 de 2009, C-459 de 2010 y C-468 de 2016.

[63] Folios 7 y 8 ib.

[64] Las siguientes consideraciones relacionadas con el teste de igualdad son tomadas de la sentencia C-880 de 2014 y C-035 de 2016, en ambas, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[65] C-022 de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz. En esta ocasión, la Corte examinó la constitucionalidad de una norma que otorgaba a aquellas personas que prestaran el servicio militar una bonificación del 10% en el puntaje de los exámenes para acceder a la educación pública universitaria. En dicho fallo, este Tribunal concluyó que dicho beneficio era inconstitucional.

[66] C-022 de 1996.

[67] C-093 de 2001. M. P. Alejandro Martínez Caballero. En esa ocasión, la Corte examinó una norma del antiguo Código del Menor, que establecía la edad mínima de 25 años para poder adoptar un niño en Colombia. En ese momento, la Corte determinó que la medida era

exequible.

[68] El concepto de los niveles de intensidad fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y fue adoptada por la Corte Constitucional en la segunda versión del test de igualdad. Frente al tema, se pueden ver sentencias como *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938); *Skinner v. State of Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); o *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

[69] C-673 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-323 de 2015, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[70] M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[71] M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[72] M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[73] M. P. Mauricio González Cuervo.

[74] M. P. José Antonio Cepeda Amaris.

[75] M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

[76] M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[77] En los términos de la sentencia C-673 de 2001.

[78] C-673 de 2001 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-051 de 2014 M. P. Mauricio González Cuervo.

[79] C-093 de 2001.

[80] La Corte Constitucional, en numerosas sentencias, ha considerado que los criterios señalados por el artículo 13 de la Constitución (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica) son también criterios sospechosos de discriminación (ver, entre otras sentencias, SU-617/14; C-577/11 o C-075/07).

[81] Corte Constitucional. Sentencia C-112/00. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez

Caballero.

[82] Frente al desarrollo teórico de las acciones afirmativas se puede consultar: Tushnet, Mark. "The New Constitutional Order". Princeton University Press. Princeton, 2004.

[83] Como el criterio sospechoso no promueve una diferenciación, sino que intenta reducir la brecha entre dos o más comunidades, este Tribunal considera este trato legítimo pues está ligado de manera sustantiva a la obtención de una finalidad constitucionalmente importante. Así, el juez debe determinar: "(i) si la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; (ii) si existe un indicio de arbitrariedad que puede resultar sumamente gravosa para la libre competencia; y (iii) que entre dicho trato y el objetivo que persigue exista una relación de idoneidad sustantiva". (C-673 de 2001 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa)

[84] M. P. Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia, se reiteran las sentencias T-207 de 1997 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-266 de 1996 M. P. Joreg Arango Mejía.

[85] Hay algunos procesos que la Procuraduría puede asumir, y la característica de jerarquía no se predica de los agentes del Ministerio Público.

[86] M. P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

[87] "El derecho disciplinario puede concebirse como la forma jurídica de regular el servicio público, entendido éste como la organización política y de servicio, y el comportamiento disciplinario del servidor público, estableciendo los derechos, deberes, obligaciones, mandatos, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, así como las sanciones y procedimientos, respecto de quienes ocupan cargos públicos. El derecho disciplinario constituye un derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares

que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables” Sentencia C-030 de 2012 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[88] Artículo 58, numeral 9. Ley 836 de 2003.

[89] M. P. Álvaro Tafur Galvis. Reiterada en las C-308 de 2009, C-459 de 2010 y C-468 de 2016.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

ARTICULO 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario. (subrayas fuera de texto).

[91] M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[92] Sentencia C-445/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[93] LEY 836 de 2003, (RECURSOS Y CONSULTA), ARTÍCULO 146. “CONSULTA. Son consultables los fallos absolutorios de primera instancia, así: 1) Dentro de los procesos por faltas gravísimas resolverá el Comandante General de las Fuerzas Militares, salvo que hubiese conocido en primera instancia. 2. Dentro de los procesos que se adelanten por faltas graves, resolverá el superior jerárquico con atribuciones disciplinarias de quien lo emitió. 3. Si transcurridos ocho (8) meses de recibido el expediente por el superior no se

hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo materia de consulta y el funcionario moroso será investigado disciplinariamente.”.

[94] Sobre la consulta, distintos procedimientos la estipulan: En el proceso laboral, consagrada para proteger los derechos del trabajador y del Estado, así como de la administración de justicia. El art. 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 establece: “Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de ‘consulta’. Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, serán necesariamente consultadas con el respectivo tribunal del trabajo si no fueren apeladas. También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.”. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-424 de 2015, entendiéndose que también serán consultadas ante el correspondiente superior funcional, las sentencias de única instancia cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario.

En el proceso disciplinario, instituida garantizar los derechos fundamentales del procesado, velar por una pronta y eficaz administración de justicia y proteger el interés público, el ordenamiento jurídico y la eficiencia de la función administrativa. El art. 18 de la Ley 734 de 2002 establece: “Consulta. Las sentencias u otras providencias que pongan fin de manera definitiva a los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia los Consejos Seccionales de la Judicatura y no fueren apeladas, serán consultadas con el superior solo en lo desfavorable a los procesados”. En el proceso de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, con el fin de proteger el interés público y el ordenamiento jurídico. El art. 18 de la Ley 610 de 2010 establece: “Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente

dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador. Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso”. En el proceso de extinción de dominio, con el fin de proteger los intereses de las partes, del Estado y la administración de justicia. El art. 13 de la Ley 793 de 2002, modificado por el art. 82 de la Ley 1453 de 2011, establece: “El trámite de la acción de extinción de dominio se cumplirá de conformidad con las siguientes reglas: (...) 10. En contra de la sentencia que decrete la extinción de dominio sólo procederá el recurso de apelación, interpuesto por las partes o por el Ministerio Público, que será resuelto por el superior dentro de los treinta (30) días siguientes a aquel en que el expediente llegue a su despacho. La sentencia de primera instancia que niegue la extinción de dominio y que no sea apelada, se someterá en todo caso al grado jurisdiccional de consulta. 11. Cuando se decrete la improcedencia sobre un bien de un tercero de buena fe, el fiscal deberá someter la decisión al grado jurisdiccional de consulta. En los demás casos, será el Juez quien decida sobre la extinción o no del dominio, incluida la improcedencia que dicte el fiscal sobre bienes distintos a los mencionados en este numeral. En todo caso, se desestimarán de plano cualquier incidente que los interesados propongan con esa finalidad”.

En el trámite de tutela, con el fin de proteger los derechos del sancionado. El art. 52 del Decreto 2591 de 1991 establece: “La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción”.

[95] Hay algunos procesos que la Procuraduría puede asumir, y la característica de jerarquía no se predica de los agentes del Ministerio Público.