

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCION POLITICA-Trato igual frente a la ley

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR-Trato distinto en requisito para acceder a cargo/ MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR-Establecimiento de excepción transitoria sobre tiempo mínimo de experiencia para acceder al cargo/JUSTICIA PENAL MILITAR-Conformación por personas que sean pares

El fin y las razones por las cuales buscó el legislador determinar la excepción en el requisito del tiempo mínimo de experiencia – y con ello establecer un trato distinto para quienes accedan al cargo dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 940, respecto de quienes pretendan hacerlo después de este tiempo-, correspondieron a la necesidad de ponderar dos intereses. El primero, consistente en defender el sentido de la reforma que propone la ley en cuestión, respecto de la adecuada organización de la Jurisdicción Penal Militar, conseguida mediante la especialización jurídica de quienes obran como jueces en ella. El segundo, consistente en que la mencionada reforma no produjera la exclusión de funcionarios de la jurisdicción penal militar que no cuentan con el requisito de experiencia profesional, pero ostentan una importante experiencia – aunque no como abogados – derivada de la trayectoria al interior de la jurisdicción en comento, pues de otra manera no se atendería al principio de justicia impartida por pares idóneos, que sustenta la noción del “fuero militar” contenida en el artículo 221 Superior. La Corte se cuestiona entonces: ¿ el mandato constitucional de juzgamiento de miembros de la fuerza pública por delitos relacionados con el servicio, por sus pares o iguales (art. 221 C.N), tiene entidad suficiente para justificar una disposición de transición que autorice no aplicar el requisito general de experiencia mínima para ser Magistrado de la Justicia Penal Militar, sino uno más flexible de manera temporal ? A juicio de la Sala la respuesta a lo anterior es afirmativa. El desarrollo del contenido del artículo 221 constitucional, implica que se tomen las medidas necesarias para que bajo las condiciones ineludibles de (i) miembro de la fuerza pública en servicio y (ii) conducta delictiva en relación con el mismo servicio, la justicia penal militar funcione de acuerdo con la naturaleza de las actividades castrenses. Lo que sin duda se logra de mejor manera si quienes juzgan por ciertas conductas propias de dichas actividades,

conocen el contexto en que se dan éstas.

MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR-Regulación del requisito de experiencia sin tener en cuenta fecha de obtención del título de abogado

En el caso del párrafo transitorio del artículo 6º de la Ley 940 de 2005, haber tenido en cuenta la experiencia en la mencionada jurisdicción independientemente del momento en que se obtuviera el título de abogado, al regular los requisitos mínimos para ser Magistrado, no sacrificó ningún otro interés de manera tal que convirtiera la disposición en irrazonable.

NORMA LEGAL TRANSITORIA-Concepto y objetivo

NORMA LEGAL TRANSITORIA-Inexistencia de trato diferenciado injustificado

Las normas de transición no pretenden favorecer a unos y desfavorecer a otros. Pretenden por el contrario reconocer que el régimen que se instaura requiere de un momento de transición, que lo haga racional y efectivamente aplicable. En esa medida del párrafo analizado no se desprende un trato diferenciado injustificado y por ello no es discriminatorio.

FISCAL PENAL MILITAR-Inexistencia de trato discriminatorio respecto de los requisitos exigidos para el cargo de magistrado de tribunal superior militar

El actor propone que el párrafo en cuestión es discriminatorio respecto de quienes pretendan acceder al cargo de Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores Militares, en tanto la excepción se contempló solamente para el cargo de Magistrado. Sobre este particular, encuentra la Sala que los requisitos para acceder al cargo de Magistrado y para acceder al cargo de Fiscal son distintos. El fundamento de la excepción es justamente que el conjunto de los requisitos para el cargo de Magistrado – que no son los mismos que para Fiscal – no da cuenta de las situaciones concretas descritas arriba, en interés de lo estipulado en el artículo 221 Superior. Por demás, el ejercicio juicioso de la Corte para establecer un fin y una justificación conformes al orden constitucional, que demostraron que el párrafo transitorio en cuestión no representa un privilegio injustificado a favor de unos funcionarios, sería contradictorio si se extiende a funcionarios de los cuales no se pregona ninguna de las situaciones que dieron origen al mencionado párrafo. Una persona que no sea miembro

activo ni en retiro de la Fuerza Pública puede aspirar a ser Fiscal ante el Tribunal Superior de la Justicia Penal Militar, pues ni el artículo 4º ni el 7º, ni ninguna otra disposición en la Ley 940 de 2005 lo establece de manera distinta. En cambio para ser Magistrado del Tribunal Superior Militar es requisito sine qua non ser miembro activo o en retiro de la Fuerza Pública. Entonces, extender la excepción bajo estudio a los requisitos para ser Fiscal, derivaría en la absurda situación según la cual, las razones que autorizan un trato diferenciado a algunos funcionarios de la Jurisdicción Penal Militar para acceder al cargo de Magistrado autorizarían el mismo trato diferenciado a personas que no se han desempeñado nunca dentro de dichas actividades.

Referencia: expediente D-5700

Demanda de inconstitucionalidad contra los párrafos transitorios de los artículos 6º y 8º, y contra el artículo 13 de la Ley 940 de 2005 “Por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar”.

Demandante: Jesús Ernesto Piedrahíta Velasco.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil cinco (2005).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Jesús Ernesto Piedrahíta Velasco solicita ante esta Corporación la declaratoria de inconstitucionalidad de los párrafos transitorios de los artículos 6 y 8, y del artículo 13 de la Ley 940 de 2005 “Por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de

cargos en la Jurisdicción Penal Militar”.

## II. DISPOSICIONES DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas y se subrayan los apartes demandados.

LEY 940 DE 2005

(enero 5)

Diario Oficial 45.783 de 6 de enero de 2005

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 6o. MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Para ser Magistrado del Tribunal Superior Militar, será necesario acreditar a más de los requisitos generales consignados en el artículo 4o de la presente ley, ser miembro de la Fuerza Pública en Grado de Oficial Superior en servicio activo o miembro de la Fuerza Pública en retiro y acreditar una experiencia mínima de ocho (8) años en el desempeño de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar.

PARÁGRAFO transitorio. Por una sola vez y por el término de dos (2) años, para acceder a las vacantes que se causen en el Tribunal Superior Militar, se exigirá una experiencia mínima de seis (6) años en el desempeño de cargos como funcionarios de la Justicia Penal Militar.

ARTÍCULO 8o. CARGOS DE PERÍODO. Los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar y Fiscal Penal Militar ante el mismo, serán proveídos por el Presidente de la República para períodos individuales de ocho (8) años no prorrogables, de listas de candidatos presentadas por el Comandante General de las Fuerzas Militares, Comandantes de Fuerza y Director

General de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO. Los Magistrados del Tribunal Superior Militar nombrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 522 de 1999, y los Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar nombrados a partir de la vigencia de la mencionada ley, continuarán en sus cargos hasta cuando totalicen el período para el cual fueron elegidos.

PARÁGRAFO transitorio. Se exceptúan de lo dispuesto, los Magistrados del Tribunal Superior Militar que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren en prórroga del período para el cual fueron nombrados.

ARTÍCULO 13. ESTABILIDAD. Para los funcionarios de la Jurisdicción Penal Militar designados en los distintos cargos antes de entrar en vigencia la presente ley, que hoy se desempeñan como tales, los requisitos que acreditaron a la fecha de su nombramiento y posesión, se les tendrán por suficientes y válidos para respaldar su idoneidad, y asegurar su continuidad en el ejercicio de su función.

No obstante, para los funcionarios a que se refiere el párrafo anterior, que aspiren a ocupar cualquiera de los cargos señalados en los artículos 7o, 10, 11 y 12 de la presente ley, no podrá exigírseles otro requisito diferente a la experiencia mínima que para cada cargo se indique, y en el evento que se trate de miembro de la Fuerza Pública en servicio activo, además, el grado requerido.

### III. LA DEMANDA

En primer lugar, el demandante considera que los párrafos transitorios de los artículo 6º y 8º de la Ley 940 de 2005, no fueron parte del proyecto inicial y fueron incluidos "...a última hora...", configurándose por lo anterior un vicio de procedimiento en la formación de los apartes señalados de la mencionada ley.

También, según su parecer, al contemplar dichos párrafos transitorios excepciones a los requisitos generales establecidos por la ley en comento, vulneran el artículo 13 de la Constitución. Respecto del párrafo transitorio del artículo 6º, considera que permitir que durante el lapso de dos años desde la entrada en vigencia de la Ley, el tiempo de experiencia requerido para ser Magistrado de Tribunal Penal Militar sea de seis años y no

ocho como lo estipula el mismo artículo 6º, significa favorecer injustificadamente a algunos funcionarios, en detrimento de otros aspirantes que después de los dos años en mención pretendan ser Magistrados y de los Fiscales Delegados ante ellos a quienes no se les aplica la excepción. De igual manera, argumenta que el párrafo transitorio del artículo 8º beneficia sin justificación alguna a los Magistrados que fueron nombrados antes de la ley 940 de 2005, y que están desempeñando el cargo dentro del periodo de prórroga que se les otorgó. Pues, se les permite – en su opinión- terminar el periodo de prórroga y a la vez ser elegidos nuevamente para el periodo que determina la ley del 2005. Por lo anterior, las disposiciones demandadas vulneran el principio de igualdad, según el análisis del actor.

Por otro lado, ataca también el artículo 13 de la Ley de la referencia, pues en su opinión rompe el principio de igualdad y vulnera el artículo 125 de la Carta. El artículo 13 acusado permite que a los funcionarios que desempeñen cargos en la justicia penal militar al momento de entrar en vigencia la ley bajo estudio, les sean reconocidos los requisitos que acreditaron al momento de ingresar a los mismos, como válidos y suficientes para asegurar su continuidad en ellos. De este modo se transgrede abiertamente el inciso tercero del artículo 125 de la Constitución – continúa el demandante -, debido a que éste determina que el ingreso y ascenso a los cargos de carrera se hará con el cumplimiento de los requisitos que la ley estipule para ello. Por esto afirma que se establece una excepción a dicho mandato constitucional. En otro sentido – agrega – se vulnera la figura de inhabilidad sobreviniente de los cargos públicos, según la cual si después del nombramiento o posesión en el cargo, sobreviene una causal de inhabilidad, el servidor público está en la obligación de advertirlo a la entidad respectiva.

Como quiera que las situaciones descritas en opinión del actor, privilegian injustificadamente a algunos funcionarios, el actor considera igualmente vulnerados los principios constitucionales de acceso al trabajo (art. 25 C.N) y de determinación de los fines y estructura de la administración pública (art. 209. C.N).

En resumen, el demandante presenta los siguientes cargos:

\* Vicios en la formación de los párrafos transitorios de los artículos 6º y 8º, consistentes en su inclusión durante el desarrollo del debate y no desde el inicio del trámite del proyecto.

\* Vulneración del principio de igualdad derivada del párrafo del artículo 6º, consistente en que se brinda un trato desigual injustificado que favorece a quienes se les aplica la excepción de dicho párrafo, en detrimento de otros aspirantes que después de los dos años en mención pretendan ser Magistrados y de los Fiscales Delegados ante ellos a quienes no se les aplica la excepción en comento.

\* Vulneración del principio de igualdad derivada del párrafo transitorio del artículo 8º, sustentada en que éste configura una excepción a la prohibición de prórroga del periodo de los Magistrados, dispuesta en el mismo artículo 8º. Lo que favorece injustificadamente a quienes al momento de entrada en vigencia de la ley bajo estudio, vengan desempeñándose como Magistrados en uso de una prórroga. Pues aparte de permitírseles cumplir con la mencionada prórroga pueden volver a ser elegidos.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1.- Concepto del Ministerio de Defensa Nacional

El Ministerio de Defensa Nacional envía a esta Corporación escrito en el que solicita rechazar la solicitud de inexequibilidad de la demanda, por considerarla improcedente. Respecto de los cargos por vicios de forma en la formación de la ley en el aparte demandado, el interviniente dice que el demandante no determina cargo específico alguno, por lo que no resultan procedentes.

Considera infundado el cargo contra el párrafo transitorio del artículo 6º acusado, cuya vigencia se estipuló en dos años, que permite ser Magistrado de los Tribunales Militares con el cumplimiento de los requisitos generales y con seis años de experiencia como funcionario de la Justicia Penal Militar, y no ocho como lo establecen los mencionados requisitos generales. Justifica la excepción contemplada en el párrafo transitorio, porque de conformidad con los decretos 180 y 3406 de 2004, “[l]a planta de empleos públicos del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Justicia Penal Militar el número total de

Magistrados es doce (12), (...), en los cuales tiene representatividad, tanto las Fuerzas Militares como la Policía Nacional”.

Además, “[l]a representación de la Policía Nacional en el Tribunal Superior de Justicia Penal Militar, se hace necesaria teniendo en cuenta que no obstante formar parte de la Fuerza Pública, es un cuerpo civil armado, con una estructura diferente a las Fuerzas Militares, con su planta de personal activo propia, su forma de operar difiere de los procedimientos militares, por lo tanto requiere del conocimiento y la experiencia en el trasegar de dicha institución, que garantice igualmente que sus iguales sean juzgados por sus pares”. Por ello, y teniendo en cuenta tanto la proximidad del retiro de algunos Magistrados de dichos Tribunales, como el hecho que la Policía Nacional no cuenta con “...personal activo o retirado de la Institución que cumpla con el requisito del grado militar y años de experiencia...”, entonces el ente policial en comento se quedaría sin representación en el Tribunal Penal Militar. De ahí, que al poner lo anterior en conocimiento de los ponentes del proyecto que culminó en la ley bajo estudio, se optara por incluir el párrafo transitorio acusado.

Por otro lado, en el escrito del Ministerio se hace referencia al cargo consistente en la inhabilidad sobreviniente para los funcionarios que desempeñaban cargos en la justicia penal militar antes de la expedición de la Ley 940 de 2005, en cuanto a la imposibilidad de seguirlos desempeñando a pesar de no cumplir con los nuevos requisitos. Sobre éste encuentra que está dirigido contra el párrafo transitorio del artículo 8º y contra el artículo 13 de Ley 940 de 2005. El párrafo transitorio en mención establece que los Magistrados que fueron nombrados antes de la ley bajo estudio y que estén en ejercicio del cargo porque se haya prorrogado su periodo, no podrán culminar su periodo. Y el artículo 13 de dicha ley establece que serán suficientes los requisitos acreditados por el funcionario al momento de haber tomado posesión del cargo, incluso si la nueva ley establece otros requisitos para el mismo cargo.

A lo anterior responde el Ministerio que en virtud del principio de confianza legítima, la entrada en vigencia de una nueva legislación “...no afecta las situaciones consolidadas bajo la vigencia de una ley anterior...”. Para reforzar el este argumento cita apartes de la jurisprudencia de esta Corporación en donde – según su opinión –, se establece que de la aplicación del principio de confianza legítima a la situación de entrada en vigencia de una nueva legislación, se desprende la única exigencia para el legislador de determinar “...un



periodo razonable de transición, que permita a quienes venían ejerciendo una actividad, ajustarse a las nuevas regulaciones”. Por otro lado, considera el interviniente que las supuestas inhabilidades que presenta el demandante, pertenecen al régimen de inhabilidades dispuesto en la Ley 270 de 1996, y que lo estipulado en dicha ley no es aplicable al personal que forma parte de la Justicia Penal Militar.

Por los argumentos expuestos, en el escrito del Ministerio de Defensa se insta a la Corte Constitucional rechazar la solicitud de inexequibilidad de las disposiciones acusadas.

## 2.- Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El mencionado Instituto, allegó por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, escrito de intervención al proceso de constitucionalidad de la referencia. En éste solicita a la Corte Constitucional que se declare inhibida para dictar un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, por encontrar la demanda no cumple con los requisitos legales.

En opinión del interviniente la demanda es inepta pues “...no posee argumentos separados que se refieran a cada una de las hipótesis de ley, ni argumentos de vulneración...”. Según su parecer, el demandante hace afirmaciones genéricas respecto de la inclusión irregular en el trámite del proyecto de ley de algunos párrafos acusados y de la arbitrariedad y corrupción generada por las disposiciones que impugna, pero sin precisar las razones por las cuales lo afirma y sin conectarlo argumentativamente con la vulneración de la Constitución que alega.

Por ello considera que la demanda incumple con los requisitos y exigencias mínimas para que la Corte se pronuncie de fondo. En consecuencia solicita una sentencia inhibitoria.

## V. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General mediante concepto No. 3873, solicitó a la Corte Constitucional la exequibilidad condicionada de los párrafos transitorios de los artículos 6º y 8º de la Ley 940 de 2005. A su vez pide a esta Corporación que se declare inhibida para pronunciarse de fondo en relación con los supuestos vicios de forma de los párrafos anteriormente mencionados, así como respecto del artículo 13 de la Ley en comento por la supuesta

violación del artículo 125 constitucional, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Según la Vista Fiscal existen tres cargos que actor plantea en su demanda. El primero es un vicio de forma del que presuntamente adolecen los párrafos transitorios acusados, consistente en que su texto no cumplió con los debates exigidos por la ley y la Constitución. El segundo, contra el artículo 13 de la ley acusada, por la supuesta vulneración de la prohibición constitucional de ocupar cargos de carrera sin el lleno de los requisitos exigidos, contenida en el artículo 125 de la Carta. Y el tercero, contra los párrafos transitorios mencionados, pues según el actor vulneran el principio constitucional de igualdad al contemplar excepciones al cumplimiento de los requisitos generales para ser Magistrado de la Justicia Penal Militar.

El Ministerio Público, considera que respecto del primer cargo por vicios de procedimiento, las afirmaciones del demandante son vagas. Se limita simplemente a decir que no se surtieron los debates necesarios pero no dice cómo ni por qué se dio tal situación. Por ello concluye que no existe mérito para decidir de fondo sobre el cargo.

Sigue el análisis y respecto del segundo cargo explica que las aseveraciones del demandante, en el sentido que el artículo 13 en comento al disponer una cláusula de estabilidad en la transición normativa incurre en la figura de la inhabilidad sobreviniente que "...exige el retiro de los servidores públicos que no cumplan con los nuevos requisitos", no tienen en cuenta el principio jurídico de la aplicación preferente de la lex posterior. En este orden, resulta entonces infundado el cargo, debido a que el legislador lo que busca con una ley posterior, es precisamente cambiar las condiciones derivadas de la ley anterior. Por esto no hay cargo, si la argumentación se dirige a cuestionar las condiciones creadas por la nueva ley, respecto de la que ésta pretende derogar. Encuentra ineptitud en la demanda, también el relación con este cargo.

Por último, el Procurador se pronuncia sobre el tercer cargo, según el cual los párrafos transitorios vulneran el principio constitucional de igualdad al no incluir dentro de la excepción a los requisitos generales para aspirar a Magistrado de la Justicia Penal Militar, a los Fiscales Delegados que ante ellos actúan. Para la Vista Fiscal, no existe ninguna razón para que se de la oportunidad a los aspirantes a Magistrados de participar con requisitos menos estrictos a los requisitos generales, en el tránsito de legislación, y se le niegue lo

propio a los aspirantes a Fiscales Delegados ante ellos. Propone una interpretación sistemática de las normas, para concluir que si la regla general es que a los Fiscales Delegados ante los Magistrados se le exigen los mismos requisitos que a los mismos Magistrados, entonces se debe entender que las excepciones a los requisitos para Magistrados, contempladas en los párrafos acusados son aplicable a los Fiscales Delegados.

Por lo anterior, considera el Ministerio Público que la norma se ajusta a la Constitución bajo el entendido que las excepciones dispuestas en las disposiciones demandadas "...no sólo se consagran para Magistrados del Tribunal Superior, sino que además incluyen a sus equivalentes, es decir a los Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar...".

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### Competencia

1.- La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta.

Asunto previo: determinación de los cargos e ineptitud parcial de la demanda.

2.- Teniendo en cuenta que los intervinientes y el mismo Ministerio Público han analizado el escrito de la demanda, encontrando que no todos los cargos son pertinentes o que éstos se explican insuficientemente, para la Sala es necesario aclarar desde el comienzo el alcance de los mismos.

Ineptitud de los cargos por vicios de forma.

3.- La Corte encuentra que el actor se refiere en primer lugar a una supuesta vulneración del procedimiento de formación de los párrafos transitorios de los artículos 6º y 8º de la Ley 940 de 2005. Los intervinientes y el Procurador coinciden en la apreciación de dicho cargo, en el sentido de considerar que las afirmaciones que lo sustentan son demasiado amplias y poco específicas. El actor expresa que los párrafos transitorios mencionados "...fueron incluidos de manera irregular en el proyecto de ley y no fueron parte del proyecto inicial...". Afirma a renglón seguido que no "...se cumplieron los debates que exigen las leyes". Para el Ministerio Público esta sola afirmación no genera sospecha de inconstitucionalidad.

Por ello, la Sala halla razón a los intervinientes y al Procurador en la observación según la cual el cargo se fundamenta en afirmaciones generales y comparte la conclusión que de ello derivan, consistente en la inexistencia del cargo. Sin mayores análisis, se puede concluir que la situación descrita por el actor obligaría a la Corte a verificar de oficio el cumplimiento de las normas legislativas procedimentales arriba señaladas. La ausencia de especificidad y concreción en el cargo traslada la carga del estudio del trámite surtido para la aprobación de los párrafos a la Corte, como si éste fuese oficioso y no rogado. Cosa distinta hubiera sido si en la demanda se hubiera señalado el tipo de vicio, el momento del trámite en que éste ocurrió y las normas del procedimiento legislativo trasgredidas por dicha situación, como elementos mínimos que constituyeran una seria sospecha de inconstitucionalidad.

Por lo anterior, el cargo por vicios en la formación de los párrafos transitorios en comento es inepto y no puede la Corte pronunciarse de fondo sobre el mismo, ante lo cual se declarará inhibida a este respecto en la parte resolutive de la presente sentencia.

Cargos por vulneración del principio de igualdad por parte del contenido del párrafo transitorio del artículo 6º.

4.- Respecto del cargo por vulneración del principio de igualdad del párrafo transitorio del artículo 6º, que establecen excepciones transitorias al cumplimiento de los requisitos generales que en la ley se dictan, la Sala debe hacer una aclaración. El demandante plantea en su escrito que “[n]o se exceptúa ningún otro cargo de dicho beneficio, no obstante para ser fiscal ante tribunal superior militar se exigen los mismos ocho años de experiencia...”. Con lo que se plantea un cargo de desigualdad respecto de los Fiscales Delegados ante Tribunales que no fueron incluidos por el legislador para ser beneficiarios de la excepción al cumplimiento del requisito de ocho años de experiencia. De esta manera es que analiza el cargo el Procurador.

Pero, en seguida plantea el actor que “[s]i la norma consagra que para ser magistrado debe reunirse una experiencia (...) de ocho años como funcionario de la jurisdicción penal militar, no tiene sentido que los encargados de proponer la ley (...) pretendan con seis años ingresar al honorable Tribunal Superior Militar”. Con lo que plantea un cargo de desigualdad respecto de quienes luego de los dos años que dura la vigencia de la excepción, deban cumplir los ocho años de experiencia y ya no seis. De esta modo es que interpreta el cargo el Ministerio

de Defensa Nacional en su intervención.

Para la Corte, los dos cargos que expresan la supuesta desigualdad que genera el párrafo mencionado, se encuentran consignados de manera explícita en la demanda, tal como se acaba de demostrar. Por ello, la Corte se pronunciará de fondo sobre ambos.

Ineptitud del cargo de igualdad contra el párrafo transitorio del artículo 8º.

5.- Sobre el párrafo transitorio del artículo 8º en comentario, dice el actor que favorece injustificadamente a los Magistrados que fueron nombrados antes de la entrada en vigencia de la ley 940 de 2005, y que al momento de la mencionada entrada en vigencia están en ejercicio del cargo en uso de una prórroga. Esto por cuanto en su parecer, la disposición acusada les permite no sólo cumplir el periodo de prórroga sino ser elegidos nuevamente.

Para la Sala es claro que el demandante interpreta que la excepción del párrafo acusado se establece a lo dispuesto en el inciso del artículo. Y como el inciso en mención dispone que los periodos son improrrogables, entonces – según su parecer – el contenido del párrafo transitorio obraría como excepción a la prohibición de prórroga. Si bien la anterior interpretación que el actor hace del párrafo en mención es válida, no es la única que se desprende del artículo 8º integralmente considerado. En efecto, para la Corte es posible que el párrafo transitorio del artículo 8º establezca no una excepción a la prohibición de prórroga, sino una excepción a la permisión de completar el periodo para el fueron elegidos los Magistrados antes de la ley en cuestión. De otro lado, se describe en la demanda la situación concreta según la cual a un Magistrado que venía ocupando el cargo al momento de la entrada vigencia de la Ley 940 de 2005 en uso de un periodo de prórroga, no se le permitiría culminar con dicha prórroga en virtud del párrafo transitorio acusado. Lo que traería como consecuencia – de manera inexplicable a juicio de la Sala – que éste pudiera volver a aspirar al cargo, generándose con ello un favorecimiento injustificado a dicho Magistrado. Esta es una hipótesis que tampoco se desprende del artículo 8º en su conjunto. Pues surge de la particular interpretación que el demandante hace del párrafo acusado respecto del resto del artículo.

Además de que las afirmaciones consignadas en la demanda tienen como punto de partida una particular interpretación de la norma impugnada, el actor no explica por qué dicha interpretación es la más plausible, o si existen otras interpretaciones posibles de lo contenido

en el artículo 8º y en dicho caso, si éstas son igualmente inconstitucionales. En todo caso, echa de menos la Corte las razones por las cuáles el demandante encuentra inconstitucional la interpretación que hizo del párrafo bajo estudio. Ha dicho la Corte, que la descripción de un situación presuntamente contraria al orden constitucional debe ir acompañada de las razones por las cuales se afirma que dicha situación es inconstitucional. De ahí que las afirmaciones consistentes en que el párrafo transitorio del artículo 8º constituye una excepción a la prohibición de prórroga de los periodos de los Magistrados y por ello autoriza en situaciones concretas a los Magistrados que se retiren porque están desempeñando el cargo en prórroga, para volver a aspirar a ser Magistrados, no generen una controversia constitucional. Esta aseveración requeriría de un fundamento, en tanto se desprende de una hipótesis, de las varias a partir de las que puede ser interpretado el artículo en comento.

En consideración de lo expuesto la Corte encuentra que no procede un pronunciamiento de fondo sobre el particular, sino la inhibición de esta Corporación a este respecto.

Ineptitud del cargo contra el artículo 13 de la Ley 940 de 2005

6.- El Procurador y algunos intervinientes consideran que los argumentos esgrimidos contra el artículo 13 de la Ley 940 de 2005, no son relevantes ni suficientes. El actor afirma en su demanda que “[e]l artículo 125 de la Constitución Nacional prevé que el acceso y ascenso de los funcionarios públicos se harán previo cumplimiento de los requisitos de ley, entendiéndose también la permanencia en los cargos...”. Así – según su parecer -, el artículo 13 acusado establece una excepción a esto, pues dispone que pese a los requisitos establecidos en la nueva ley, quienes vengán ocupando cargos para los que se prescribieron nuevos requisitos, podrán seguirlo haciendo. Según la demanda, la justificación de lo anterior son intereses personales. Por lo que se configuraría un trato discriminatorio injustificado en perjuicio de quienes para acceder a cargos en la Jurisdicción Penal Militar, deben cumplir con los requisitos establecidos en la nueva ley.

La Sala encuentra que el cargo carece de claridad en la presentación de la controversia entre la ley y la Constitución. Pues, tal como lo afirma el Procurador, el actor olvida que la ley posterior tiene como efecto práctico la derogación de la anterior. En este orden, si el cuestionamiento se orienta a impugnar la constitucionalidad de la ley nueva porque cambia las condiciones de la ley anterior, este sólo argumento no parece suficiente para generar una

controversia constitucional. Si este sólo hecho diera pie para que se pusiera en duda la constitucionalidad de la leyes, se estaría desconociendo la posibilidad de que el legislador fijara los efectos de las leyes hacia el futuro.

Además, la supuesta vulneración del artículo 125 de la Constitución no encuentra fundamento suficiente, teniendo en cuenta que el demandante se refiere a la obligación constitucional de proveer los cargos de carrera con el lleno de los requisitos. Pero, no hace referencia a que los mencionados requisitos, según la misma Constitución, se establecerán en la ley; que es precisamente lo que se dispone mediante la Ley 940 de 2005.

Por último la referencia a la inhabilidad sobreviniente desprendida de lo anterior no es clara, en razón a que ésta se derivaría – según el demandante – de ostentar un cargo con requisitos de una ley anterior, en vigencia de una ley posterior que fija otros requisitos. En esta medida se reitera que ese sólo hecho no genera sospecha alguna de inconstitucionalidad, aunque lo que hecha de menos la Sala, es la explicación de la relación entre el hecho del cambio de requisitos a partir de la ley nueva (L.940/05) y el régimen de inhabilidades o la figura de la inhabilidad sobreviniente. Por lo anterior, en palabras del Procurador, resulta igualmente infundado el cargo. Debido a esto la Corte se declarará inhibida para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 940 de 2005.

7.- En conclusión, los cargos esgrimidos por el demandante consistentes en la existencia de vicios en la formación de los párrafos transitorios de los artículos 6º y 8º, en la vulneración del principio de igualdad derivada del párrafo transitorio del artículo 8º y en la vulneración del principio de igualdad y del artículo 125 Superior, derivada del artículo 13 de la ley acusada, son ineptos y la Corte no se pronunciará de fondo sobre su constitucionalidad.

Mientras que en relación con los dos cargos de igualdad presentados contra el párrafo del artículo 6º, la Corte hará el análisis respectivo de constitucionalidad. El primer cargo, el consistente en el presunto trato discriminatorio que procura la disposición demandada respecto de quienes luego de los dos años que dura la vigencia de la excepción, deban cumplir los ocho años de experiencia y ya no seis para ser Magistrados de los Tribunales Penales Militares. Y el segundo el consistente en el trato desigual injustificado del legislador, respecto de los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores Militares que no fueron incluidos por éste para ser beneficiarios de la excepción al cumplimiento del requisito de

ocho años de experiencia.

## Problema jurídico

8.- El demandante considera que el párrafo transitorio del artículo 6º de la Ley 940 de 2005, vulnera el artículo 13 de la Constitución. Esta disposición contempla que durante los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la ley, el requisito para ser Magistrado del Tribunal Superior Militar consistente en ostentar ocho años de experiencia, será de seis. Para el actor el enunciado normativo acusado representa un trato desigual injustificado que favorece a algunos funcionarios de la jurisdicción penal militar. En su parecer, dicho trato favorable discrimina tanto a quienes aspiren a ser Magistrados después de dos años de la entrada en vigencia de la ley referenciada, pues tendrían que tener ocho años de experiencia y no seis. Así como también, sería discriminatorio respecto de los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores Militares, pues a ellos no se les aplica la excepción de acceder a este cargo con seis años de experiencia, durante los dos primeros años de vigencia de la Ley 940 de 2005.

El Procurador sólo analiza el cargo de igualdad contra el párrafo transitorio del artículo 6º en relación con el trato discriminatorio que configuraría respecto de los Fiscales Delegados. Sobre ello considera el párrafo en mención vulnera en efecto el artículo 13 constitucional en razón a que excluye de la aplicación de la excepción a los Fiscales Penales Militares que actúan como delegados ante los Magistrados en comento. Para la Vista Fiscal, si la regla general es que Magistrados y Fiscales Delegados ante ellos deben cumplir los mismos requisitos y están jerárquicamente al mismo nivel, lo lógico es que la excepción sea permitida para ambos. Por ello propone que se declare exequible en dicho sentido.

Por el contrario el Ministerio de Defensa analiza el cargo desde el punto de vista de la discriminación en detrimento de quienes aspiren al cargo de Magistrado después de vencida la vigencia del párrafo transitorio. Considera entonces que no se vulnera la cláusula de igualdad, en tanto que la excepción normativa al cumplimiento del requisito del tiempo de experiencia se encuentra razonablemente justificada. El fundamento consiste en que la Policía Nacional se quedaría sin representación en el Tribunal Superior de la Justicia Penal Militar, pues prontamente cumplirán su periodo algunos Magistrados y además, en la actualidad no existen candidatos de esa fuerza que cumplan con el requisito de los ocho años



de experiencia. Agrega el Ministerio que la representación de la Policía en el mencionado Tribunal es necesaria, por cuanto esta jurisdicción juzga a sus miembros, frente a lo que se requieren jueces que conozcan el funcionamiento y los métodos de esta Institución, los cuales son – en palabras de Ministerio – “radicalmente” distintos a los de las otras fuerzas.

9.- De lo expuesto surge para la Corte Constitucional el problema jurídico que abordará en el presente estudio de constitucionalidad. Cada cargo de igualdad será resuelto a partir de la respuesta a los siguientes problemas constitucionales:

\* ¿El establecimiento de la excepción transitoria al cumplimiento del requisito del tiempo mínimo de experiencia para ser Magistrado de la Jurisdicción Penal Militar, configura un privilegio injustificado (discriminatorio) para ciertos funcionarios de la jurisdicción penal militar, respecto de quienes aspiren al mencionado cargo después de que la norma transitoria pierda su vigencia?

\* ¿ El establecimiento de la excepción transitoria al cumplimiento del requisito del tiempo mínimo de experiencia para ser Magistrado de la Jurisdicción Penal Militar, configura un privilegio injustificado (discriminatorio) para ciertos funcionarios de la jurisdicción penal militar, respecto de los Fiscales Delegados ante ellos, a quienes no beneficia la excepción?

Excepción al cumplimiento del tiempo de experiencia requerido para ser Magistrado. Trato diferente justificado frente a otros aspirantes a Magistrados.

10.- Para la respuesta al primer interrogante, se tiene que el parágrafo transitorio del artículo 6º de la Ley 940, dispone que se rebajará el requisito de 8 (ocho) años de experiencia a 6 (seis), durante sólo dos años, para acceder al cargo de Magistrado de la Justicia Penal. Con ello se discrimina, según el escrito de la demanda, a quienes después de este tiempo aspiren a acceder al mencionado cargo. Pues ellos deben cumplir con el requisito más estricto y no se benefician de la posibilidad de acceder a lo propio con menos tiempo de experiencia.

11.- Para abordar el análisis de lo anterior, se debe tener en cuenta, tal como la ha planteado esta Corte Constitucional, que dentro de la estructura del principio de igualdad (art 13 C.N),

se encuentra junto con la obligación igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación con base en los criterios que expresamente determina el artículo 13 superior, la obligación de igualdad de trato<sup>1</sup> o igualdad en la ley<sup>2</sup>, cuyo sentido es que "...la ley debe procurar una protección igualitaria (obligación para el legislador) y toda diferenciación que se haga en ella debe atender a fines razonables y constitucionales."<sup>3</sup>

12.- Ahora bien, en el presente estudio de constitucionalidad se plantea una presunta situación desfavorable derivada de una supuesta desigualdad de trato, de quienes después de dos años de la entrada en vigencia de la Ley 940 de 2005, aspiren a ser Magistrados en la jurisdicción penal militar. Esto, como se dijo, debido a que no podrán acceder a ello con un tiempo de experiencia de 6 (seis) años – como aquellos que accedieron al cargo en dicho lapso de tiempo – sino con mínimo 8 (ocho) años de experiencia. El trato discriminatorio alude a que el requisito transitorio de 6 (seis) años es favorable a quienes cumplan con esto durante los dos años primeros años de vigencia del mismo, sin que para ello exista una justificación.

El cuestionamiento que surge radica en si existen razones que justifiquen constitucionalmente que algunos aspirantes al cargo de magistrados en la jurisdicción penal militar accedan al cargo con 6 (seis) años de experiencia, en razón al carácter temporal de la norma que así lo permite, cuando la regla general es que la experiencia sea mínimo de 8 (ocho) años.

13.- En respuesta a lo anterior la Corte Constitucional encuentra que fue objeto de discusión al interior del ente legislativo, la necesidad de incluir una excepción al requisito de la experiencia mínima de 8 (ocho) años para ser Magistrado. La inclusión de una disposición que permitiera rebajar el tiempo de experiencia, se presentó durante el trámite del proyecto de ley en el Congreso, como razonable a la luz de permitir el acceso a este cargo, a miembros de la fuerza pública que habían adquirido una gran experiencia como funcionarios de la jurisdicción penal militar, pero no la suficiente después de obtener el título profesional, que es la que cuenta para el artículo 6º estudiado. En otras palabras se arguyó por parte del legislador que una parte importante del personal, con los conocimientos y experiencia idónea, no cumplía con el tiempo requerido por el artículo, teniendo en cuenta que éste se cuenta a partir de la obtención del título como abogado. Sobre lo anterior, se llegó a proponer que la experiencia como funcionario de la jurisdicción penal militar se contara en

cualquier tiempo, es decir independientemente del momento de la obtención del título de abogado, o incluso que se tuviera en cuenta en ausencia de dicho título. Esta última propuesta fue sin embargo desestimada, tal como se verá en los apartes del debate que se transcriben más adelante.

Sobre el particular, las posiciones encontradas en los debates legislativos pueden ser descritas como: (i) aquella que consideraba inconveniente para la reforma pretendida por el proyecto de ley en trámite, disponer excepciones al requisito de 8 (ocho) años de experiencia en la Jurisdicción Penal Militar después de la obtención del título de abogado. Y, (ii) aquella que consideraba inconveniente excluir de la posibilidad de acceder al cargo de Magistrado al personal de la Jurisdicción Penal Militar que contaba con la experiencia e idoneidad suficiente, pero no ostentaba el título de abogado, o lo ostentaba desde hace muy poco. Y el fundamento de ello fue la idea del “fuero militar”, el cual a la luz del artículo 221 de la Constitución procura que los miembros de la fuerza pública en servicio activo sean juzgados por delitos en relación con el servicio por sus pares, dentro de los cuales los más idóneos son aquellos que gocen de mayor experiencia en las actividades castrenses. Estos argumentos se desarrollaron de la siguiente manera:

Con la venia de la Presidencia hace uso de la palabra el honorable Senador Jairo Clopatofsky Ghisays:

Muy bien, no es muy sencillo, el artículo 6º queda igual con excepción que se le agrega el siguiente párrafo, y dice así: Los oficiales de la Fuerza Pública que reúnan los requisitos del artículo 4º de la presente ley, que en cualquier época y en ejercicio de la profesión militar. (...)Esto se hace con el fin, señor Presidente, es por la experiencia propia de ellos, y además de alguna u otra manera hay que buscar los que son los pares. Los pares que dentro de las Fuerzas Militares, significa que son las personas que con experiencia, personas que conocen la cultura y la educación propia en la Institución castrense sean quienes puedan juzgar directamente a algunos miembros de estas instituciones militares.

(...)

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Jesús Angel Carrizosa Franco:

El Senador Clopatofsky propone otra cosa, lo que él propone es que a los Magistrados o quienes se desempeñaron en la Justicia Penal Militar antes de estos acontecimientos, antes de que se organizara la Justicia Penal Militar, como no había personal disponible se le dio cabida a mucha gente que no reunía los requisitos, títulos etc., ellos después salieron, lo que se propone es que en vez de considerar los 8 años como experiencia para ser Magistrado, a esos casos en especial, solo 3 años, yo también no puedo (SIC) darle validez a eso porque estaríamos introduciendo una tronera enorme en lo que tratamos de organizar, es decir no pedirle requisitos, y hay otra propuesta ahí implícita y es que quienes no tienen título entonces le validemos la experiencia antes del título, yo creo que sobre eso también hemos tratado aquí en diversas oportunidades que está prohibido pues por las normas administrativas y la norma de función pública, la acreditación de la experiencia es después del título y no antes del título, yo esa disposición sí no la puedo cambiar. Yo le solicito pues a los Senadores que nos accedamos a eso.

(...)

Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Jairo Clopatofsky Ghisays:

Vea señor Presidente, este Proyecto de ley 23 de 2003, fue aprobado en primer debate por la Comisión Segunda del Senado, la que a pesar de sus buenas intenciones permitió para segundo debate considerar aspectos fundamentales sobre las calidades y requisitos de los Magistrados del Tribunal Superior Militar, omisión que es escenario y urgente corregir en esta plenaria ya que la Justicia Penal Militar por su condición de rama especializada, se ha creado para dirigir la investigación y juzgamiento de los delitos típicamente militares, circunstancia que hace imperativo para garantizar la igualdad y la equidad en las investigaciones. Contar con Jueces Militares con probada experiencia en el mando de tropas y en el planeamiento y conducción de las operaciones militares. Pues, es este justamente un entorno muy particular en donde se presentan las conductas que tipifica el Código Militar, Penal Militar. Pero, debemos detenernos señor Presidente, aquí, que los tipos penales de conocimiento de los Jueces Militares y sobre los cuales recaen sus decisiones se refieren a las propias actuaciones de los Comandantes y tropas en el entorno de un conflicto bélico, conductas que sólo serán entendidas, y adecuadamente valoradas por quienes como juzgadores posean los conocimientos del derecho junto con la necesaria y fundamental experiencia de la guerra. Señor Presidente, no podemos dejar a un lado a aquellos Jueces Penales Militares que tienen

experiencia, que por su propia condición de ser militares han ocupado diferentes cargos dentro de la jurisdicción militar, y como tal no podemos desechar esa propia conducta y comportamiento de educación valoradas propias dentro del ejercicio propio de esas ejecuciones militares. Yo sí Senador Carrizosa, le pido que considere este artículo para que sea debatido dentro de la plenaria a fin de que sea, si es el caso, planteado en las diferentes consideraciones de las comisiones tanto Segunda de Cámara y plenaria de la Cámara de Representantes. Yo en eso sí considero que aquí estamos es discriminando completamente a algunos militares, que por su propia experiencia Senador Carrizosa los estamos dejando a un lado, simplemente por no tener ese título de ser abogado, y desechar toda la experiencia frente a un cúmulo, tampoco estábamos hablando de una gran cantidad de militares que están sometidos dentro de ellos, estamos hablando dentro de las propias normas de la experiencia.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Jesús Angel Carrizosa Franco:

Vea señor Senador, yo le entiendo a usted y considero muchísimo a estas personas muy prestantes que han trasegado por la rama de la Justicia Penal Militar, comprenda usted que también es exclusión si yo le exijo unos requisitos de abogados y 8 años de experiencia para ser Magistrado a un señor; pero a estos porque estuvieron alguna vez allá no les pido ni el título y escasamente 3 años, eso sí es discriminación también.

Nosotros tenemos que partir de una norma y la norma es con base en las sentencias además con la lógica que para desempeñarse en la Justicia Penal Militar, el primer requisito y sine qua non es ser abogado, yo no puedo entonces decirle a los colegas que votemos una norma en la cual se establece que hay unos señores que no siendo abogados quieren pertenecer a la Justicia Penal Militar, eso sí sería abrir una tronera incomprensible. Yo parto de la base primera y única y sin discusión de que deben ser abogados para desempeñarse dentro de la rama, primero, segundo, que para ocupar la más alta posición de Magistrado tiene que tener unos requisitos mínimos de experiencia, y estamos estableciendo lo mismo que la Corte Constitucional y en la Corte Suprema de Justicia dándole una coherencia a todos los Magistrados de Colombia que se parezcan en todo y son 8 años de experiencia. Hay unos señores que no reúnen los requisitos que están actualmente dentro de la rama, para ellos le hemos hecho un capítulo especial donde le decimos ustedes que ya están ahí y a los cuales

el Gobierno les prorrogó su estancia porque les hizo un decreto por 5 años más, a ustedes mientras terminan los dejamos ahí les damos estabilidad, no van a ser tocados pero es que esos ya están ahí pero traer a los que están afuera sin requisitos otra vez para meterlos a la rama sí resulta impracticable e imposible, y lo que hacemos ahí es no hacer nada.

Para esa gracia dejábamos la insuficiencia de los decretos vigentes Senador y usted sabe los problemas que le han traído al Gobierno y a la Justicia Penal Militar esos decretos y los dejaríamos como están porque resultarían más favorables. Yo les pido a los honorables Senadores tengamos en cuenta ese requisito fundamental hay que ser abogado para pertenecer a esa rama.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Luis Carlos Avellaneda Tarazona:

Gracias Presidente, a mí me parece que es muy inteligente lo que está diciendo el Senador Carrizosa, hacer de la propuesta que permite la incorporación de personas que no cumplen los requisitos conforme se han diseñado para estos tribunales, en mi criterio si es romper el principio de igualdad, yo sí creo que lo respaldamos a usted en eso por lo menos desde mi punto de vista, es una ruptura, ahí se genera una discriminación odiosa. Pero además yo sí creo que habrá una ruptura, por eso creo que es mejor como ustedes lo han diseñado en la ponencia. Era todo señor Presidencia y gracias.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Senador Arenas, estamos refiriéndonos al artículo 6º del proyecto, el debate se centra en el siguiente punto que si la experiencia de quienes han pertenecido a esa jurisdicción puede homologarse para efecto de continuar administrando justicia en la Jurisdicción Penal Militar sin el respectivo título, es la propuesta del Senador Clopatofsky, considera que la experiencia de estas personas es sumamente valiosa, que no deberían porque ser despedido por decir lo menos de la jurisdicción por la falta de título cuando son quienes en años anteriores han administrado justicia. El Senador Carrizosa sostiene que si todo este proyecto lo que busca es estructurar la jurisdicción pues si se deja abierto este boquete se les perfilaría todo el propósito del proyecto. (...)”4 {Énfasis fuera de texto}

De conformidad con lo anterior, el fin y las razones por las cuales buscó el legislador

determinar la excepción en el requisito del tiempo mínimo de experiencia – y con ello establecer un trato distinto para quienes accedan al cargo dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 940, respecto de quienes pretendan hacerlo después de este tiempo-, correspondieron a la necesidad de ponderar dos intereses. El primero, consistente en defender el sentido de la reforma que propone la ley en cuestión, respecto de la adecuada organización de la Jurisdicción Penal Militar, conseguida mediante la especialización jurídica de quienes obran como jueces en ella. El segundo, consistente en que la mencionada reforma no produjera la exclusión de funcionarios de la jurisdicción penal militar que no cuentan con el requisito de experiencia profesional, pero ostentan una importante experiencia – aunque no como abogados – derivada de la trayectoria al interior de la jurisdicción en comento, pues de otra manera no se atendería al principio de justicia impartida por pares idóneos, que sustenta la noción del “fuero militar” contenida en el artículo 221 Superior.

14.- En el sentido señalado, el párrafo transitorio del artículo 6º de la Ley 940 de 2005 remite al establecimiento de un punto medio, en el que por un lapso de dos años se flexibiliza en dos años menos el requisito del tiempo de experiencia para acceder al cargo de Magistrado, pero se mantienen el requisito de la condición de abogado. De igual manera el carácter temporal refuerza el argumento según el cual la necesidad de la excepción viene dada también por la ausencia de personal suficiente para acceder al cargo, que cumpla con los nuevos requisitos, tal como lo manifestó en su intervención el Ministro de Defensa.

De este modo lo establecido por el legislador en el párrafo en comento busca que algunos funcionarios de la jurisdicción penal militar, quienes tienen una importante experiencia e idoneidad respecto de la actividad castrense, debido a su trayectoria, tengan la posibilidad de acceder al cargo de Magistrado. Esto en razón a que pese a no cumplir con la experiencia mínima de 8 (ocho) años, ostentan las calidades necesarias para satisfacer la necesidad de que los miembros de las fuerzas armadas, por delitos relacionados con el servicio, sean juzgados por pares idóneos.

Corresponde a la Sala analizar si en efecto el anterior fin y su respectivo fundamento son suficientes y aceptables al tenor de nuestro orden constitucional.

15.- La Corte se cuestiona entonces: ¿ el mandato constitucional de juzgamiento de

miembros de la fuerza pública por delitos relacionados con el servicio, por sus pares o iguales (art. 221 C.N), tiene entidad suficiente para justificar una disposición de transición que autorice no aplicar el requisito general de experiencia mínima para ser Magistrado de la Justicia Penal Militar, sino uno más flexible de manera temporal ? A juicio de la Sala la respuesta a lo anterior es afirmativa. El desarrollo del contenido del artículo 221 constitucional, implica que se tomen las medidas necesarias para que bajo las condiciones ineludibles de (i) miembro de la fuerza pública en servicio y (ii) conducta delictiva en relación con el mismo servicio, la justicia penal militar funcione de acuerdo con la naturaleza de las actividades castrenses. Lo que sin duda se logra de mejor manera si quienes juzgan por ciertas conductas propias de dichas actividades, conocen el contexto en que se dan éstas.

Un funcionamiento adecuado de la Justicia Penal Militar es un fin necesario a la luz de la separación que el constituyente de 1991 estableció, respecto del juzgamiento de conductas de civiles y militares. Los artículos 213 y 221 de la Carta interpretados sistemáticamente disponen la inconveniencia de que los sujetos que ejercen la función encomendada a la fuerza pública, a partir de su desempeño como tales, sean juzgados por civiles (art. 221 C.N) o juzguen ellos mismos a civiles (art 213 C.N). La aceptación de esta separación trae como consecuencia lógica que el legislador quiera fortalecer la estructura la Justicia Penal Militar, dando preponderancia a intereses derivados del carácter especial que tiene la organización castrense.

16.- Si el desempeño como miembro de la fuerza pública, dentro de las regulaciones propias que lo enmarcan, es diferente a la generalidad de las actuaciones de los civiles, resulta razonable que el argumento de la experiencia dentro de las mencionadas actividades, de quienes van a juzgar dicho desempeño, se presente como relevante. La esencia pues, de la función y organización de fuerza pública permite privilegiar la conformación de la jurisdicción bajo la que se acoge a sus miembros, atendiendo al valor que representa la trayectoria al interior de ésta. No obstante, como cualquier interés que se pretenda hacer valer legítimamente, debe ser razonable en consideración tanto de otros intereses como de la misma Constitución.

17.- La experiencia acumulada en la Justicia Penal Militar, como criterio para regular el acceso a cargos como el de Magistrado, no puede entonces anular otros intereses, sino por el



contrario debe armonizar con ellos. En el caso del párrafo transitorio del artículo 6º de la Ley 940 de 2005, haber tenido en cuenta la experiencia en la mencionada jurisdicción independientemente del momento en que se obtuviera el título de abogado, al regular los requisitos mínimos para ser Magistrado, no sacrificó ningún otro interés de manera tal que convirtiera la disposición en irrazonable. Por el contrario, los requisitos esenciales de ostentar la condición de abogado y de establecer un mínimo de requisitos acordes con la calidad de Magistrado en las demás jurisdicciones, se mantiene en la Ley 940 en comento. Pues, en el artículo 4º se dispone que dentro de los requisitos generales para acceder a la Justicia Penal Militar, está el de ser abogado titulado, y a su turno, el tiempo mínimo de experiencia de 8 (ocho) años para la calidad de Magistrado, tal como en las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, es la regla general (art. 6º L.940/05) y el párrafo demandado es tan sólo la excepción transitoria.

De otro lado, el beneficio que reporta a algunos miembros de la fuerza pública, el hecho de acceder al cargo de Magistrado con 6 (seis) años de experiencia profesional, respecto de quienes al finalizar el periodo de vigencia de la norma transitoria, tengan los mismos 6 (seis) años, pero se les exija 8 (ocho); no es un trato injustificado a favor de los primeros, luego no configura una discriminación. Esto en cuanto a que es una medida justificada al tenor de la validez que tiene hacer valer la experiencia no-profesional, al interior de la Jurisdicción Penal Militar, en razón a la naturaleza de las conductas que en ella se pueden juzgar.

18.- Hay que tener en cuenta que el fin primordial de la ley en cuestión es la adecuada conformación de la Jurisdicción Penal Militar, de ahí que la especificación del tiempo de mínimo de experiencia profesional para el cargo de Magistrado de esta jurisdicción, se haya establecido en 8 (ocho) años con el fin de equilibrar las calidades de éstos a las de las exigidas a los Magistrados de Tribunales Superiores en otras jurisdicciones. Junto a lo anterior, y en atención al mismo objetivo de conformar adecuadamente la jurisdicción en comento, el legislador reconoció la presencia de personal con experiencia importante, que por la particularidad de las actividades militares se consideró que contribuiría con la adecuación de una Justicia Penal Militar idónea. La norma de transición (párrafo transitorio artículo 6º L.940/05) obró como la forma racional de pasar de un régimen, en el que algunos funcionarios acumularon una experiencia que les representa en la actualidad idoneidad, a otro régimen que pretende un elevado criterio jurídico que complementa dicha idoneidad. Esto por cuanto, al legislador le está permitido dentro de un marco de respeto de los

principios constitucionales, determinar normas de transición cuando establece una nueva estructura en una institución. Las disposiciones transitorias tienen como fin, hacer racional el tránsito de una regulación a otra.

19.- En efecto, respecto de las normas transitorias que pretenden regular la transición de una legislación a otra en determinados temas o instituciones, la Corte Constitucional ha dicho que “...en función del principio de confianza legítima, que encuentra sustento constitucional en la buena fe (CP art. 83), tal y como esta Corte lo ha señalado<sup>5</sup>, lo único que constitucionalmente se puede exigir del Legislador es que la normatividad establezca un período razonable de transición, que permita a quienes venían ejerciendo esa actividad, ajustarse a las nuevas regulaciones...”<sup>6</sup>. En el presente caso es claro para la Sala que el legislador ha dispuesto el respeto por el mencionado principio de confianza legítima. Éste, en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación “...fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada<sup>7</sup>, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación...”<sup>8</sup> [Énfasis fuera de texto]

En el mismo sentido, se afirmó recientemente en la sentencia C-074 de 2004 lo siguiente: “[l]a Corte considera que una norma legal transitoria es aquella expedida para un fin específico y concreto o por un período de tiempo determinado. Usualmente tiene como objetivo evitar que durante el tránsito de una normatividad constitucional o legal a otra se presenten vacíos, inseguridad jurídica o traumatismos respecto del asunto nuevamente regulado.”<sup>9</sup> [Énfasis fuera del texto]

De esta manera, las normas de transición no pretenden favorecer a unos y desfavorecer a otros. Pretenden por el contrario reconocer que el régimen que se instaura requiere de un momento de transición, que lo haga racional y efectivamente aplicable. En esa medida del

parágrafo analizado no se desprende un trato diferenciado injustificado y por ello no es discriminatorio.

De otro lado, el actor propone que el parágrafo en cuestión es discriminatorio respecto de quienes pretendan acceder al cargo de Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores Militares, en tanto la excepción se contempló solamente para el cargo de Magistrado. Además, el Procurador en su intervención solicita a la Corte que la excepción se extienda a los Fiscales en mención, luego que se declare la constitucionalidad del parágrafo bajo dicha condición. La Corte estudiará a continuación el cargo descrito y la propuesta del Ministerio Público.

Inexistencia de trato discriminatorio frente a los Fiscales y propuesta de sentencia interpretativa del Procurador.

20.- Sobre este particular, encuentra la Sala que la justificación que consideró acorde con la Constitución, de la excepción al requisito del tiempo mínimo de experiencia para ser Magistrado de la Jurisdicción Penal Militar, se basó en la verificación de fundamentos puntuales: (i) la referencia concreta del legislador, en desarrollo de los debates legislativos, tanto a la necesidad de tener en cuenta al personal con experiencia no profesional para acceder al cargo de Magistrado, como (ii) a la necesidad de flexibilización del requisito del tiempo mínimo de experiencia profesional, en razón a la exigencia implican los demás requisitos para ser Magistrado, entre ellos el de ser miembro activo o en retiro de la Fuerza pública, y derivado de esto (iii) la necesidad de dar cuenta del poco personal para acceder al cargo de Magistrado, con el lleno de todos los requisitos del artículo 6º de la Ley 940 de 2005. La Corte constató lo anterior y concluyó que el parágrafo bajo estudio atiende a la existencia de las situaciones descritas relativas al cargo de Magistrado, a la luz del contenido artículo 221 constitucional. En este contexto, mal haría la esta Corporación en determinar que el carácter excepcional de las situaciones que rodean el cumplimiento de los requisitos para acceder al cargo de Magistrado, autorizan una norma de transición que contempla una excepción a uno de los requisitos – en razón precisamente a la particularidad del personal de la Justicia Penal Militar respecto de esos requisitos -, y a la vez plantear que a otros funcionarios se les debe extender la aplicación de la disposición transitoria.

21.- En efecto, los requisitos para acceder al cargo de Magistrado y para acceder al cargo de

Fiscal son distintos<sup>10</sup>. El fundamento de la excepción es justamente que el conjunto de los requisitos para el cargo de Magistrado – que no son los mismos que para Fiscal – no da cuenta de las situaciones concretas descritas arriba, en interés de lo estipulado en el artículo 221 Superior. Por demás, el ejercicio juicioso de la Corte para establecer un fin y una justificación conformes al orden constitucional, que demostraron que el párrafo transitorio en cuestión no representa un privilegio injustificado a favor de unos funcionarios, sería contradictorio si se extiende a funcionarios de los cuales no se pregonaba ninguna de las situaciones que dieron origen al mencionado párrafo.

Por lo anterior, la Sala no encuentra justificación suficiente para atender la solicitud del Procurador, pues su propuesta se basa en que la regla general es que los Magistrados y Fiscales Delegados ante ellos cumplen con los mismos requisitos, lo cual no es así, tal como se desprende de los artículos 4º, 6º y 7º de la Ley 940 de 2005. Por ello, en su lugar la Corte declarará en la parte resolutive de esta sentencia, que el párrafo transitorio del artículo 6º de la Ley 940 de 2005 es exequible respecto de los cargos que se acaban de estudiar.

22.- En punto de lo anterior, la Sala encuentra que del contenido de los mencionados artículos 4º, 6º y 7º de ley citada, se desprende que para ser Magistrado del Tribunal Superior Militar se requiere: a) ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; b) tener título de Abogado otorgado por universidad oficialmente reconocida; c) tener especialización en derecho penal, ciencias penales o criminológicas o criminalísticas, o en derecho constitucional, o en derecho probatorio, o en derecho procesal; d) Gozar de reconocido prestigio profesional y personal. e) ser miembro de la Fuerza Pública en Grado de Oficial Superior en servicio activo o miembro de la Fuerza Pública en retiro y f) acreditar una experiencia mínima de ocho (8) años en el desempeño de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar.

Mientras que para ser Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior se requieren las anteriores calidades, salvo ser miembro de la Fuerza Pública. Nótese que el párrafo del artículo 7º establece la eventualidad, más no la obligación, de que si el aspirante a Fiscal ante los mencionados Tribunales es miembro activo de la Fuerza Pública, entonces deberá ostentar el grado de Oficial Mayor. Dicho enunciado dice:

ARTÍCULO 7º. FISCAL PENAL MILITAR ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. (...)

PARÁGRAFO. Cuando el cargo sea desempeñado por un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo, deberá ostentar el grado no inferior al de Oficial Superior

Esto significa que una persona que no sea miembro activo ni en retiro de la Fuerza Pública puede aspirar a ser Fiscal ante el Tribunal Superior de la Justicia Penal Militar, pues ni el artículo 4º ni el 7º, ni ninguna otra disposición en la Ley 940 de 2005 lo establece de manera distinta. En cambio para ser Magistrado del Tribunal Superior Militar es requisito sine qua non ser miembro activo o en retiro de la Fuerza Pública. Entonces, extender la excepción bajo estudio a los requisitos para ser Fiscal, derivaría en la absurda situación según la cual, las razones que autorizan un trato diferenciado a algunos funcionarios de la Jurisdicción Penal Militar para acceder al cargo de Magistrado – pese a ser éstas, razones de experiencia e idoneidad derivadas de la trayectoria dentro de la actividad castrense – autorizarían el mismo trato diferenciado a personas que no se han desempeñado nunca dentro de dichas actividades.

## VII. DECISION

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

## RESUELVE

SEGUNDO.- Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo, en relación con la constitucionalidad de los párrafos transitorios de los artículos 6º y 8º de la Ley 940 de 2005, respecto de los cargos por vicios de forma, por ineptitud sustantiva de la demanda.

TERCERO.- Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo, en relación con la constitucionalidad del párrafo transitorio del artículo 8º de la Ley 940 de 2005, respecto del cargo por vulneración del principio de igualdad, por ineptitud sustantiva de la demanda.

CUARTO.- Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo, en relación con la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 940 de 2005, respecto del cargo por vulneración del principio de igualdad, por ineptitud sustantiva de la demanda.

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Constitución de 1991. Artículo 13. “Todas las personas (...), recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos y oportunidades...”. Entre otras, la Corte dijo en la sentencia C-504 de 2004: “[en] la segunda dimensión, la igualdad de trato (...) se garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables.”

2 alguna de la doctrina ha definido la obligación de igualdad de trato contenida en el principio general de igualdad como uno de los subprincipios de éste. Lo ha denominado principio de igualdad en la ley en contraposición con el tradicional principio de igualdad ante la ley. Pues la consideración doctrinaria general es que al segundo (igualdad ante la ley) vino el primero (igualdad en la ley) en la evolución del Estado Social de Derecho. Pues no sólo la aplicación de la ley no admite distinciones injustificadas, sino tampoco el contenido mismo de la ésta.

3 C-534 de 2005 (F.J # 20)

4 Gaceta del Congreso Nº 359 de julio 19 de 2004.

5 [Cita de la Sentencia transcrita] Ver, entre otras, las sentencias T-438 de 1996, T-396 de 1997, T398 de 1998, SU-250 de 1998 y C-478 de 1998.

6 C-964 de 1999

7 [Cita de la Sentencia transcrita] Ver, entre otros, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo, Madrid: Editorial Civitas, Tomo II, pág 375.

8 C-478 de 1998

9 Esta posición se reiteró en la sentencia C-733 de 2005.

10 Ley 940 de 2005. “ARTÍCULO 6o. MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Para ser Magistrado del Tribunal Superior Militar, será necesario acreditar a más de los requisitos generales consignados en el artículo 4o de la presente ley, ser miembro de la Fuerza Pública

en Grado de Oficial Superior en servicio activo o miembro de la Fuerza Pública en retiro y acreditar una experiencia mínima de ocho (8) años en el desempeño de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar. (...) [Énfasis fuera del texto]

ARTÍCULO 7o. FISCAL PENAL MILITAR ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Para ser Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar se requiere, además de los requisitos generales consignados en el artículo 4o de la presente ley, acreditar una experiencia mínima de ocho (8) años en el desempeño de cargos como funcionario en la justicia penal militar.

PARÁGRAFO. Cuando el cargo sea desempeñado por un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo, deberá ostentar el grado no inferior al de Oficial Superior.