Sentencia C-1184/08

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Improcedencia porque demanda cumple requisitos legales

FUERO PENAL MILITAR-Concepto/FUERO PENAL MILITAR-Interpretación restrictiva/FUERO PENAL MILITAR-Carácter excepcional

Según el fuero penal militar, los delitos que cometan los miembros de la fuerza pública (fuerzas militares y policía nacional) en servicio activo, y en relación con el mismo, son competencia de las cortes marciales o tribunales militares (integrados por personal en servicio activo o en retiro), con arreglo a las disposiciones del Código Penal Militar. El fuero penal militar se estableció como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de ese tipo de conductas, por lo tanto sus alcances deber ser determinados en forma estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, como quiera que acorde con la hermenéutica constitucional las excepciones, para evitar que se conviertan en la regla general, deben ser interpretadas de forma restrictiva.

FUERO PENAL MILITAR-Requisitos para acceder al fuero penal militar/FUERO PENAL MILITAR-Vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio

El artículo 221 de la Carta señala que el fuero militar abarca los delitos cometidos por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, pues dicha preceptiva deja entrever que las actuaciones de los miembros de la fuerza pública se presentan como integrantes de la misma, como personas y como ciudadanos, de modo que la totalidad de los actos u omisiones no pueden quedar comprendidas dentro del fuero. De esta forma, se denotan dos elementos para que se configure el fuero militar: el primero de orden subjetivo, que el delito sea cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, y el segundo de orden funcional, que esa acción u omisión guarde relación con el mismo servicio. Así pues, para efectos penales se deben distinguir aquellas acciones u omisiones que tienen ocurrencia como miembro activo del cuerpo militar o policial, de las que corresponden a su actividad propia y singular como integrante de la colectividad.

FUERO PENAL MILITAR-No comprende delitos cometidos por la fuerza pública que no tengan relación directa con el servicio

Los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, que no tengan relación directa con el mismo servicio no están cobijados por el fuero militar y por ello, su investigación y sanción no le corresponde a la justicia penal militar.

JUSTICIA PENAL MILITAR-Algunos asuntos pueden ser regulados por Ley ordinaria

DELITO MILITAR Y DELITO COMUN-Distinción

El Código Penal Militar regula aquellos comportamientos en los cuales un miembro de la fuerza pública, a pesar de encontrarse ejecutando una misión o tarea propia de sus funciones, voluntaria o culposamente, la altera radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero,

captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.

OMISION DE APOYO EN CODIGO PENAL Y EN CODIGO PENAL MILITAR-Constituyen dos tipos penales similares pero no equiparables/OMISION DE APOYO EN CODIGO PENAL-No contraviene el fuero penal militar

La omisión contenida en el artículo 424 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y la estipulada en el artículo 186 del Capítulo IV de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar), evidencian la existencia de dos tipo penales de carácter similar, pero que no comparten la misma finalidad, ni son equiparables sus ingredientes normativos.

OMISION DE APOYO EN CODIGO PENAL-Antecedentes

OMISION DE APOYO EN CODIGO PENAL-Características del tipo penal

El artículo 424 de la Ley 599 de 2000, contenido en el Capítulo de los abusos de autoridad y otras infracciones, perteneciente al Título VIII de los delitos contra la administración pública, tipifica aquélla omisión en la que incurre el agente de la fuerza pública que rehúse, o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, y describe un tipo penal autónomo, de sujeto activo calificado o propio (ser miembro de la fuerza pública), en el cual se impide la eficacia del auxilio requerido en debida forma, poniendo en peligro la administración, al no respaldar el cumplimiento de una solicitud coactiva de quien está legitimado para hacerlo, precisándose que la omisión o el retardo en el cumplimiento requieren de ciertas características necesarias para la adecuación del comportamiento a la descripción del tipo, entre otras, como las de ser indebidos, ilegales o arbitrarios, habida cuenta que en aquellos eventos donde el apoyo elevado sea ilegítimo, no provenga de autoridad competente, o no se haya efectuado conforme a la ley, abstenerse a su cumplimiento no estaría sujeto a sanción penal. Asimismo, la formulación de la orden debe obedecer a situaciones relacionadas con el ejercicio del cargo o de la función pública que cumple la autoridad requirente y que la orden esté dirigida a un miembro de la fuerza pública con competencia para hacerlo.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Fundamento

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Objeto

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN OMISION DE APOYO EN CODIGO PENAL-Relación temática y teleológica

El artículo 424 de la Ley 599 de 2000 guarda evidente relación temática y teleológica con el denominado Código Penal, habida cuenta que tipifica una omisión que no resulta ser competencia de la jurisdicción penal militar, en la medida que no sea cometida por un miembro de la fuerza pública en servicio activo y con ocasión del mismo.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Para establecer tipos penales y determinar procedimientos

La jurisprudencia ha puntualizado que existe una libertad de configuración del legislador, no sólo al establecer tipos penales ordinarios, sino que conserva la misma potestad tratándose de punir conductas en el Código Penal Miliar, los procedimientos establecidos para investigar y juzgar las mismas, e incluso remitir para aplicación en esa jurisdicción especial normas de la legislación penal ordinaria, siempre que sea respetada la relación que deben guardar con los actos propios del servicio.

POSICION DE GARANTE-Concepto/POSICION DE GARANTE-Sentido restringido/POSICION DE GARANTE-Sentido amplio

Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. En sentido amplío, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

POSICION DE GARANTE Y FUERZA PUBLICA

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Aplicación en virtud de que de la omisión de apoyo prevista en el Código Penal pueden derivarse delitos de mayor gravedad

Aunque el artículo 424 de la Ley 599 de 2000 se aviene a la garantía constitucional del fuero y al principio de unidad de materia, encuentra la Corte que su exequibilidad no excluye la aplicación de otros tipos penales de mayor gravedad que pudieran derivarse de dicha omisión, como quiera que a los miembros de la fuerza pública les corresponde el deber constitucional de proteger a la población, erigiéndose entonces en posición de garante, consecuente con su misión de defensa de la soberanía, la integridad territorial, el orden constitucional y el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar la convivencia pacífica, según lo consagran los artículos 217 y 218 de la Carta Política, encontrando esta corporación que constitucional y legalmente se ha impuesto a los miembros de la fuerza pública una serie de obligaciones, que al ser desatendidas dan lugar a la imposición de la sanción contenida en el artículo 424 del Código Penal, al concurso con otros tipos penales, o la aplicación única de aquéllos, cuando el funcionario judicial al momento de analizar los supuestos fácticos relevantes para el derecho penal, considere y debidamente argumente que no existe un eventual concurso, acorde con los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios existentes para desatar el tema de la unidad o pluralidad de conductas.

Referencia: expediente D-7306

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 424 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”

Demandantes: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha, Julián Rivera Loaiza, Julián Andrés Durán Puentes y Edgar Saavedra Rojas

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil ocho (2008).

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 los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, los ciudadanos Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha, Julián Rivera Loaiza, Julián Andrés Durán Puentes y Edgar Saavedra Rojas demandaron el artículo 424 de la Ley 599 de 2000, "por la cual se expide el Código Penal".

Mediante auto de junio 3 de 2008, el Magistrado sustanciador admitió la demanda de la referencia y ordenó su fijación en lista, al tiempo que dispuso dar traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto y comunicó la iniciación del asunto a los señores Presidente de la República y del Congreso, Ministro del Interior y de Justicia y Fiscal General de la Nación, al igual que a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal y a las facultades de derecho de las Universidades Javeriana, Externado de Colombia, Industrial de Santander, de Antioquia, del Rosario, Santo Tomás, Jorge Tadeo Lozano y Nacional de Colombia, con el objeto de que, si lo estimaban pertinente, conceptuaran sobre la exequibilidad de la norma demandada.

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

II. NORMA DEMANDADA.

A continuación se trascribe el texto de la norma demandada, resaltando los apartes acusados.

“LEY 599 DE 2000

(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

Por la cual se expide el Código Penal

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

LIBRO II

PARTE ESPECIAL

DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

… … …

TÍTULO XV

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

… … …

CAPITULO VIII

DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES

… … …

ARTÍCULO 424. OMISIÓN DE APOYO. El agente de la fuerza pública que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

… … …”

III. LA DEMANDA.

Los actores consideran que el precepto demandado vulnera los artículos 158, 169 y 221 de la Constitución Política, al desconocer el principio de unidad de materia y el fuero militar, consagrados en esas normas.

Señalan que el “alcance” del fuero penal militar consagrado en el artículo 221 de la Constitución “debe ser establecido, en el ámbito de la interpretación constitucional, de conformidad con las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad stricto sensu”, como quiera que “no sólo está gobernado por disposiciones de naturaleza interna, sino también por preceptos del derecho internacional de los derechos humanos que consagra estándares a los cuales debe sujetarse el Estado cuando se trata de diseñar la legislación

interna en la que dicha institución penal habrá de ser aplicada".

Así, plantean que el fuero militar debe ser interpretado a la luz del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que según las sentencias C-200 de 2002 y C-592 de 2005 forma parte del bloque constitucional stricto sensu, al pertenecer "al núcleo duro o inderogable de los derechos humanos".

Refieren que la "jurisprudencia interamericana de derechos humanos ha sido más garantista que la producida en el marco de la ONU". Y, como "elemento interpretativo", aseveran que la posición de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en modo alguno ha considerado que la existencia de la jurisdicción penal militar sea violatoria de la referida Convención, por lo que al tenor de esa argumentación proponen que "los delitos típicamente militares o policiales, es decir, aquellos que lesionan bienes jurídicos propios del orden militar o policial, deben ser juzgados por una estructura judicial que no sólo sea independiente e imparcial, sino que también tenga la formación o preparación para valorar conductas que entrañan afectación de deberes funcionales".

Aducen entonces que "la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha argumentado que 'los tribunales militares, por su propia naturaleza, no satisfacen los requisitos de un tribunal independiente e imparcial aplicable a los procesos de civiles porque no forman parte de la justicia civil independiente sino del poder ejecutivo, y debido a que su propósito fundamental es mantener el orden y la disciplina sancionando los delitos militares cometidos por los integrantes de la comunidad militar'. De igual forma, ha concluido que en los tribunales militares 'no pueden juzgarse violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares, los que deben someterse a los tribunales ordinarios'".

Con ocasión de los pronunciamientos jurisprudenciales citados por los demandantes, frente a los denominados "bienes jurídicos propios del orden militar", consideran que ese concepto se vincula a "delitos típicamente militares", es decir, los que sólo pueden ser realizados por aquéllos en servicio activo, excluyendo comportamientos comunes del ámbito del fuero penal militar, esto es, los que pueden ser realizados por cualquier persona o por servidores públicos no pertenecientes a las fuerzas armadas del Estado, y que se encuentran regulados en el "Código Penal ordinario".

De allí, afirman que "los delitos propios del orden militar o policial deben estar regulados en el Código de Justicia Penal Militar y no en el Código Penal ordinario, ya que es el primero y no este último el que desarrolla las normas constitucionales referidas al fuero penal militar", luego son las normas penales militares y no las ordinarias las llamadas a regular aquellas conductas punibles que sólo pueden ser realizadas por sujetos activos calificados, esto es, miembros de la fuerza pública (fuerzas militares y policía nacional), y que lesionan o ponen en peligro, sin justa causa, bienes jurídicos del orden militar.

Entonces aseguran que, así como resulta ser contrario al artículo 221 de la Constitución y a los estándares internacionales sobre esta clase de fuero que el Código Penal Militar regule conductas que constituyen violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, también lo es cuando el Código Penal ordinario se ocupa de regular delitos típicamente militares o policiales, habida cuenta que estos últimos deben

estar consagrados en el “código especializado que desarrolla el fuero militar o policial”.

Plantean a su vez que del texto de la Carta se extrae que la jurisdicción penal militar constituye una “excepción constitucional” a la regla del juez natural general, de modo que de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo, conocerán las cortes marciales o los tribunales militares.

Bajo tales supuestos, explican que los delitos cometidos por quienes no gozan del fuero militar son competencia de la jurisdicción penal ordinaria, razón por la cual existen las Leyes 599 y 600 de 2000 y 906 de 2004, que consagran las conductas punibles y el procedimiento a seguir para su juzgamiento; mientras que los delitos desplegados por los miembros de la fuerza pública se encuentran tipificados en el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) y su juzgamiento se rige también por normas especiales. En su criterio “esto último representa una garantía de la imparcialidad objetiva que debe salvaguardar el Estado, a la luz del artículo 29 de la Constitución, interpretado en el marco del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, frente a quienes son miembros de la fuerza pública, quienes tienen derecho, en virtud de dicho principio de imparcialidad objetiva, a que sea un juez que conozca las reglas que disciplinan la vida militar el que juzgue los elementos de la conducta punible propia del orden militar que se les llegare a atribuir”.

Igualmente, recalcan que la redacción del artículo 30 de la Ley 906 de 2004, sobre las excepciones a la jurisdicción penal ordinaria, es la “reafirmación del fuero militar y la voluntad del constituyente de que los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, constituyen una excepción a la jurisdicción penal ordinaria”. Norma declarada exequible mediante sentencia C-591 de 2005, por lo que sólo conocerá la jurisdicción ordinaria aquellos delitos que no guarden relación con el mismo servicio, tal como se indicó en la sentencia C-358 de 1997.

En ese orden de ideas, reiteran que la norma acusada consagra un tipo penal de sujeto activo calificado, sólo realizable por quien tenga la calidad de agente de la fuerza pública, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción penal militar por mandato constitucional, de modo que al ser tipificado como un delito contra la administración pública “constituye una clara vulneración del fuero militar consagrado en el artículo 221 de la Carta Política”, por tratarse de una conducta que conlleva “deberes funcionales propios de las normas que disciplinan la vida militar y policial, es decir, de un bien propio del orden militar o policial”. Indican entonces que la inconstitucionalidad del artículo 424 tiene su génesis en la punición de conductas que entrañan la infracción de deberes funcionales propios del servicio, debiendo sólo ser reguladas por el Código Penal Militar, conduciendo además a decisiones judiciales que contravienen la Constitución habida cuenta que los jueces penales del circuito pueden llegar a conocer sobre tales omisiones, dada la cláusula general de competencia del artículo 36 de la Ley 906 de 2004.

De otro lado, refieren que la preceptiva demandada va en contravía de lo dispuesto en el artículo 250 superior que traza las funciones de la Fiscalía General de la Nación, el cual dispone que “se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo”, máxime cuando al modificarse la Constitución Política, dando paso al nuevo sistema procesal penal con tendencia acusatoria,

expresamente se excluyó su aplicación frente a “los delitos de conocimiento exclusivo de la justicia penal militar”.

Formulan además la existencia de una “unidad inescindible” entre el fuero militar consagrado en el artículo 221 de la Carta y la exclusión previamente referida, contenida en la parte final del primer inciso del artículo 250, por lo que afirman, “sin lugar a equívocos, que la jurisdicción penal ordinaria carece de competencia para conocer de aquellos delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo”.

Según lo expuesto, concluyen que la incorporación en el Código Penal de un delito cuya competencia por mandato constitucional está asignada a la jurisdicción penal militar, constituye una violación ostensible del fuero militar consignado en el artículo 221 de la Carta, por tanto “debe retirarse del ordenamiento jurídico”.

A su vez, alegan la violación del principio de unidad de materia consagrado en los artículos 158 y 169 de la Constitución, el cual cumple una función sistemática y de garantía para los ciudadanos, bajo el entendimiento que avala la transparencia en los debates que se surten en el Congreso de la República en torno a los proyectos de ley, y en materia penal “contribuye a hacer realidad el principio de estricta legalidad o taxatividad penal en cuanto el ciudadano debe poder comprender, de manera sencilla, cuál es la conducta prohibida y la sanción que conlleva su vulneración”.

Aducen entonces que la norma acusada no guarda relación con la Ley 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal, toda vez que este “sólo se aplica a quienes no gozan de fuero militar o su juzgamiento corresponde a la jurisdicción indígena”, prueba de ello resulta ser que la misma conducta aparece tipificada en el artículo 186 del Código Penal Militar, con el cual sí guarda unidad de materia por su conexidad causal y temática.

Invocando jurisprudencia de la Corte Constitucional que abarca el principio indicado, proponen que en el caso del artículo 424 demandado “resulta incontrovertible que la materia de que se ocupa –conductas que sólo pueden ser ejecutadas por agentes de la fuerza pública– es extraña y no guarda ningún tipo de relación causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante del Código Penal (Ley 599 de 2000) en cuanto éste se aplica a quienes no gozan del fuero militar. Por el contrario, por corresponder a una conducta de sujeto activo calificado que goza de fuero, la competencia para su juzgamiento corresponde a la justicia penal militar”.

Bajo tales argumentos, solicitan a esta corporación declarar inexequible el artículo 424 de la Ley 599 de 2000, por medio de la cual fue expedido el Código Penal.

IV. INTERVENCIONES.

1. Fiscalía General de la Nación.

El Fiscal General de la Nación solicita declarar la exequibilidad plena del precepto demandado, pues por tratarse de una conducta que se endilga con ocasión del servicio, la respuesta al cuestionamiento que surge de si su competencia debe someterse a la

jurisdicción excepcional establecida en el artículo 221 superior, es negativa.

Luego de citar jurisprudencia de esta corporación y doctrina nacional sobre el denominado fuero penal militar, entendido como una excepción a la jurisdicción ordinaria y los elementos que la integran, sintetiza que contrario a lo interpretado por los actores, “no toda actuación así sea en servicio activo o en relación con el mismo servicio por parte de los miembros de la fuerza pública, da lugar a la aplicación del precepto superior 221. Hermenéutica que es la que se solicita tener en cuenta para el análisis de constitucionalidad del precepto acusado, pues el contenido normativo sub-examine plantea es una asistencia o ayuda de los castrenses en situaciones especiales, no en forma habitual, producto de la colaboración armónica que debe imperar entre los diferentes organismos del régimen político institucional”.

Finalmente, plantea que la norma demandada tampoco quebranta el principio de unidad de materia, toda vez que “el dispositivo penal cuestionado sí tiene una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la normatividad en la que se encuentra inmersa, ya que es pilar fundamental para alcanzar los fines estatales que la fuerza pública preste su colaboración a las autoridades civiles competentes, para el correcto funcionamiento de la tarea misional de la administración”.

2. Ministerio de Defensa Nacional.

Por intermedio de apoderada, la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional solicita a esta corporación declarar la exequibilidad de la norma.

Plantea que los artículos 217 y 218 de la Constitución reconocen la existencia de regimenes especiales, dentro de los cuales se encuentran inscritos los miembros de la fuerza pública, con un régimen prestacional, disciplinario y penal propios, estos últimos cuando las faltas y delitos son cometidos por aquéllos en ejercicio de sus funciones.

Aunque la mayor parte de su disertación se dirige a justificar la existencia, con fundamento en copiosa jurisprudencia de esta corporación que cita, de un régimen prestacional y de seguridad social distinto para los miembros de la fuerza pública, pues dentro de sus argumentos señala que la diferencia de los regímenes “responde a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus características especiales merecen un trato justificadamente diferente al que reciben los demás beneficiarios de la seguridad social”; conjuntamente, sin mayor argumentación propone que tratándose de la Ley 522 de 1999, por medio de la cual se expidió el Código Penal Militar, “debe imperar en todo el territorio nacional un régimen penal estricto, que se aplique con firmeza, imponiendo a los infractores las sanciones que merecen, como garantía para la sociedad y el logro de los fines del Estado”.

De otro lado, refiere que la existencia de un régimen penal para los miembros de la fuerza pública en la Ley 599 de 2000 no desconoce la Constitución, habida cuenta que “pretende hacer efectivos los principios de legalidad, debido proceso, igualdad material y equidad, a partir del establecimiento de condiciones que permitan aplicar un régimen penal reconociendo los derechos fundamentales de todas las personas sin importar su condición o inclinación sexual”.

Asevera además que el principio de legalidad implica que la administración está sujeta al ordenamiento jurídico y en materia penal, como conquista del constitucionalismo, es una salvaguarda a la seguridad jurídica de los ciudadanos, toda vez que permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables, de modo que protege "la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal".

Igualmente, abarca como tema la independencia de la justicia penal militar, aduciendo que en estricto sentido no forma parte de la rama judicial, acorde con el artículo 116 constitucional, por lo que administra justicia, en relación con personas específicas, y en asuntos determinados, delitos cometidos en servicio activo y en relación con el mismo, de forma tal que debe estar vinculada con los principios que según la Carta regulan la administración de justicia, fundamentalmente los de independencia, imparcialidad y autonomía.

Luego de discurrir en extenso sobre la ratificación de los tratados internacionales por parte del Estado colombiano, en torno al tema de los derechos humanos y la interpretación que sobre la aplicación de los mismos ha efectuado esta corporación, apunta a que el derecho internacional también reconoce el concepto de moral social. En consecuencia, plantea que es perfectamente admisible que en el ámbito castrense se eleve a la categoría de falta la ejecución de actos inmorales, "pues a nivel de la sociedad en general, y más concretamente a nivel de la propia disciplina militar, tales actos, amén de tener una clara relevancia jurídica, se encuentran plenamente identificados en cuanto refieren a los comportamientos que pugnan con la conducta comúnmente aceptada en el medio, es decir, con la que gobierna la actividad castrense, y que sin duda causan una grave afrenta al honor, la dignidad y el decoro militar e institucional, cuya preservación constituye condición esencial para la existencia y permanencia de toda fuerza pública. En esta orientación, el artículo 24 de la Ley 836 de 2003, al referirse a los valores militares, es claro en señalar que: 'la carrera militar exige depurado patriotismo, clara concepción del cumplimiento del deber, acendrado espíritu militar, firmeza de carácter, sentido de la responsabilidad, veracidad, valor, obediencia, subordinación, compañerismo y preocupación por cultivar y desarrollar, en el más alto grado, las virtudes y deberes antes mencionados'".

Concluye indicando que "estas situaciones no pueden ser ajenas al miembro de la fuerza pública como destinatario general de lo preceptuado en el artículo 424 del CP, hoy acusado, el que debe ser aplicado sin distingo a los servidores de la fuerza pública pues también son destinatarios de la ley en general y más aún cuando deben dar buen ejemplo y decoro como miembros de las fuerzas militares en todas sus actuaciones públicas y privadas, como lo ha reiterado esta máxima corporación en sus distintos fallos, y como lo afirman los pronunciamientos sobre el bloque de constitucionalidad y los tratados internacionales sobre la materia".

3. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

Uno de los docentes de la Facultad de Ciencias Jurídico Políticas de esa universidad, solicita a esta corporación inhibirse de efectuar un pronunciamiento de fondo, con relación al cargo de violación de los artículos 169 y 221 de la Constitución, "por cuanto su formulación tiene por

premisa una interpretación errónea de la norma demandada", sin embargo, señala que de cumplirse los presupuestos de procedencia de la misma, la norma sea declarada exequible; además, solicita la misma consecuencia frente al cargo por la presunta vulneración del artículo 151 ibidem.

Aduce que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al actor le corresponde la carga procesal de cumplir los requisitos de forma y fondo establecidos en el Decreto 2067 de 1991, so pena de una ineptitud sustancial de la demanda que impida efectuar un pronunciamiento de fondo, situación que considera tiene lugar en el presente evento por partir de una "interpretación errónea de la norma demandada".

Precisa que el artículo 424 del Código Penal no contiene una norma que le permita a los órganos de la jurisdicción ordinaria conocer de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con este, sino que regula la omisión de apoyo.

Adicionalmente, indica que el artículo 30 de la Ley 906 de 2004, explícitamente establece que se exceptúan de la jurisdicción penal ordinaria los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo, lo cual considera concuerda con el artículo 221 de la Constitución Política.

Plantea además que en la medida en que la regulación de los asuntos que corresponden a la jurisdicción penal ordinaria, o que se exceptúan de la misma, está excluida del ámbito de validez material de la disposición demandada, por ende "una interpretación contraria es errónea, por cuanto extiende la norma a supuestos que la misma no regula, y dado que desconoce la vigencia de otras normas que sí regulan el tema, consistentes con las normas integrantes del bloque de constitucionalidad stricto sensu para el caso concreto, y que son aplicables en caso de presentarse un conflicto jurisdiccional. Por ponerlo en términos simples, los demandantes confunden 'forum' con 'ius'".

Finalmente, señala que la existencia del fuero penal no implica, per se, una prohibición a que el legislador regule la omisión de apoyo, como ocurre con el artículo 424 del Código Penal, ni puede interpretarse que el citado fuero no admita la existencia de una relación con las materias del mismo.

4. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

El jurista a quien el Instituto Colombiano de Derecho Procesal le asignó conceptuar en el presente asunto, solicita declarar condicionalmente exequible el artículo 424 del Código Penal.

Luego de citar la sentencia C-358 de 1997, señala que "en principio" le asiste razón a los demandantes, como quiera que la conducta descrita "dada su especial caracterización, solamente puede ser llevada a cabo por miembros activos de la fuerza pública, en tanto el tipo penal exige sujeto activo cualificado, y con ocasión del mismo servicio, en tanto el tipo incluye un elemento normativo que exige que la omisión se concrete en contravía de una orden emitida por autoridad competente y en la forma establecida por la ley. Y sí estos son precisamente los elementos centrales que la propia Constitución ha establecido para

determinar la competencia excepcional de la justicia castrense, salta al rompe que tal conducta debe estar cobijada por el fuero militar por expreso mandato constitucional. Si se quiere, en palabras de la H. Corte Constitucional, tal conducta, dada su especialísima descripción típica, no es de aquellas que pueden ser cometidas por un miembro de la fuerza pública cuando se desempeña como persona y ciudadano".

Sin embargo, acorde con la providencia previamente referida, asegura que existe una "excepcionalísima" circunstancia en la que esa conducta típicamente militar puede ser competencia de la justicia penal ordinaria, esto es, cuando la omisión reviste una "gravedad tan inusitada que termine rompiendo el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio", como ocurre con los denominados delitos de lesa humanidad. Así, la norma no puede ser declarada inexequible por que se excluirían del conocimiento de la jurisdicción ordinaria "conductas –omisivas– que en algunos casos podrían resultar determinantes en la comisión de delitos de lesa humanidad". Y, al ser atribuible esa competencia sólo en casos especialísimos, debe condicionarse el artículo demandado, exclusivamente a esos eventos.

5. Universidad Nacional de Colombia.

Quien interviene como docente de la Universidad Nacional de Colombia, solicita declarar exequible la norma demandada.

En su criterio, el problema jurídico principal que acontece en el presente evento corresponde a determinar si la omisión de apoyo establecida en el artículo 424 del Código Penal, es de tal entidad que rompe el nexo funcional entre agente y servicio, de modo que debe ser considerada como una excepción al fuero militar. De otro lado, formula la existencia de un problema jurídico secundario, que parte del cuestionamiento de si se vulnera el principio de unidad de materia cuando en un cuerpo normativo ordinario se incorpora una norma dirigida a un sujeto que goza de fuero especial.

Frente al primer planeamiento, luego de efectuar un acucioso análisis sobre los elementos que conforman la institución del fuero militar, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y doctrina nacional y extranjera, puntualiza que son actos del servicio de las fuerzas militares aquellas conductas cometidas cuando se está en la defensa de la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional, y en el caso de la policía, cuando tienen lugar en el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar la convivencia pacífica.

Explica que aquellas conductas que se encuentren por fuera de ese ámbito no son propias del servicio activo, por tanto no pueden ser conocidas por los tribunales militares, sin que sea posible extender el fuero militar a esos comportamientos de origen común, toda vez que se afectaría la Constitución y el Derecho Internacional Humanitario, como quiera que esa limitación se deriva del ius cogens.

Empero, desarrollando los elementos objetivo y subjetivo que conforman el fuero militar, considera que se rompe el vínculo entre la conducta delictiva y la actividad relacionada cuando, como ha establecido esta corporación, el delito adquiera "una gravedad inusitada y

como ejemplo de ello cita los delitos de lesa humanidad. Para la Corte nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que, de manera flagrante, aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados".

Así, para determinar si en el caso del artículo 424 del Código Penal se rompe el nexo funcional necesario entre el agente de la fuerza pública y el servicio, luego de analizar los elementos estructurales del tipo, señala que la referida norma dista de las consagradas en los artículos 112 (Insubordinación) y 115 (Desobediencia) del Código Penal Militar, pues estas refieren al incumplimiento o el rechazo de órdenes impartidas esencialmente por el superior jerárquico, mientras que el precepto demandado corresponde a la omisión del apoyo pedido por cualquier autoridad competente, "sea o no jerárquicamente relacionada con el sujeto activo de la conducta".

De tal modo, como la norma censurada trata la omisión de apoyo a solicitudes de autoridad competente, que puede pertenecer a cualquiera de las ramas del Poder Público o de los órganos de control, es un delito contra la administración pública, que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia versa sobre un "interés funcional o institucional porque la salvaguardia apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación entre los individuos o el ejercicio de sus derechos en la comunidad"; por tanto "lo que se protege va más allá del procedimiento y del interés funcional".

Evacua ese primer problema jurídico planteado concluyendo que de cara a la importancia del bien jurídico que se protege con el tipo penal consagrado en la norma penal, se desdibuja el nexo necesario entre el agente activo de la fuerza pública y su servicio, por lo que "una omisión de esta índole frente al bien jurídico protegido le otorga tal gravedad a ésta que pondría en peligro el funcionamiento armónico de la Administración misma y muy probablemente, en conexidad, con ello vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos".

Completa argumentando que dicha omisión conlleva un alcance que "daría lugar a la ruptura del nexo necesario, tal y como se indicó anteriormente y que, por lo tanto, la sacaría de la esfera de conocimiento del fuero militar a pesar de que el sujeto activo sea un miembro activo de la fuerza pública".

Tratándose del principio de unidad de materia, como problema jurídico secundario, refiere que la tipificación demandada no busca lesionar la institución de la fuerza pública, sino castigar a sus miembros que atenten contra la administración, correspondiendo a un delito común que "hace parte integral del objetivo de la norma que lo contiene".

El señor Procurador General de la Nación, en concepto N° 4586 de julio 23 de 2008 solicitó a la Corte Constitucional declarar exequible el artículo 424 de la Ley 599 de 2000, al considerar que "la incorporación del delito de omisión de apoyo dentro del ordenamiento penal no desconoce, excluye o elimina el fuero penal militar".

Aunque expone las razones para desestimar el cargo, advierte que la argumentación sobre la presunta afectación del fuero castrense y que el artículo demandado permita que ese delito

sea conocido por la jurisdicción ordinaria y no la penal militar conllevaría a solicitar la inhibición, por falta de certeza, “pues se trata de una interpretación subjetiva y abiertamente ajena al contenido de la norma atacada la cual valga anticipar, nada dice respecto de la competencia para adelantar el juzgamiento de dicho punible”.

Con fundamento en la redacción del artículo 424 demandado, explica que al consagrar la omisión de apoyo solicitada por cualquier autoridad competente, la norma no se limita exclusivamente a las órdenes provenientes de miembros de la fuerza pública, como acontece con el artículo 186 de la Ley 522 de 1999; tampoco está relacionada con “la ayuda requerida para operaciones de campaña o de control del Orden Público, ya que puede ser en actuaciones de distinta naturaleza, como ayuda en los puestos de votación, para la realización de pruebas técnicas, traslado de servidores en aviones de la Fuerza Aérea, etc.”.

Igualmente, considera que se trata de un delito de sujeto activo calificado “o delito especial propio”, lo cual no excluye que una persona que no tenga la calidad de miembro de la fuerza pública participe en la “consumación”, de manera que responda penalmente según lo previsto en el artículo 30 de la Ley 599 de 2000.

Aclara, sin embargo, que la condición del sujeto activo “no tiene ninguna incidencia en el fuero penal militar”, como quiera que lo que fija la jurisdicción competente es la vinculación o relación del comportamiento con el servicio. En otras palabras, “no es la ubicación del delito en uno u otro código lo que determina la competencia de la justicia penal militar y el sometimiento a las reglas procesales fijadas para el procesamiento ante los tribunales militares o cortes marciales”, sino los factores subjetivos (miembro de la fuerza pública en servicio activo) y funcional (relación con el servicio), relacionados en la sentencia C-737 de 2006.

Entonces, precisa que una interpretación en contrario “conduciría además a sostener que los miembros de la fuerza pública no pueden ser investigados y juzgados por tribunales militares por delitos como daño en obras de utilidad social, incendio, y otros tantos que a pesar de estar definidos en la Ley 599 de 2000, serían juzgados por la justicia penal militar si son cometidos por militares o policías y se relacionan con el servicio”.

Agrega además que el Código Penal Militar no excluye que conforme a las competencias allí consagradas se investiguen conductas tipificadas en el Código Penal ordinario, de forma tal que la definición de un delito en la Ley 599 de 2000, “no tiene ninguna incidencia en la determinación de la competencia y el procedimiento aplicable para la investigación de dicha conducta, y que por lo tanto no constituye un impedimento o prohibición de que esta sea juzgada por la justicia penal militar”.

Concluye entonces que los cargos elevados contra el artículo 424 del Código Penal, no están llamados a prosperar, máxime cuando frente a la falta de unidad de materia es indiscutible que al ser un comportamiento tipificado por el legislador, “resulta clara su conexidad con el cuerpo de la normativa que justamente se encarga de la definición de las conductas punibles”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución, esta corporación es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por vicios de contenido material o de fondo, como por aquellos de carácter formal o procedimental en su formación, siendo la presente acción constitucional fruto de la acusación contra el artículo 424 de la Ley 599 de 2000, por censuras correspondientes a la primera clase de irregularidades referidas.

2. Lo que se debate.

En consecuencia, corresponde a la Corte establecer si con la consagración del tipo penal de omisión de apoyo dentro del Código Penal, se afecta el fuero de los militares y la unidad de materia, por tratarse de un delito en el que se mantiene el nexo que vincula al sujeto activo con el cumplimiento del servicio y con ocasión del mismo, virándola a un comportamiento exclusivo del conocimiento de la jurisdicción penal militar, que además no puede estar contenido en la norma sustantiva ordinaria.

3. Cuestión previa. De las solicitudes de inhibición.

3.1. El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, aplicable a este tipo de procesos, establece los requisitos mínimos que deben contener las demandas de constitucionalidad para su admisión.

De acuerdo con lo establecido en este precepto, es necesario señalar e identificar con claridad las normas que son censuradas como inconstitucionales, al igual que la preceptiva superior presuntamente infringida por aquéllas y explicar las razones por los cuales se considera que las primeras violan o desconocen la segunda. También estatuye esa disposición que es necesario sustentar por qué la Corte es el órgano competente para conocer la demanda en cuestión.

Otra parte fundamental de los indicados requisitos es la formulación de cargos de inconstitucionalidad contra las normas demandadas, esto es, la sustentación de los distintos argumentos por las cuales el ciudadano demandante advierte que aquéllas contrarían uno o más preceptos constitucionales. Al respecto tiene establecido la jurisprudencia que las razones presentadas por el actor para sustentar la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes1.

La adecuada presentación del concepto de violación permite a la Corte desarrollar su función de defensa de la Constitución en debida forma, en tanto delimita el campo en el cual se hará el respectivo análisis de constitucionalidad, sin que ello implique una restricción de los derechos políticos del demandante, pero si el establecimiento de unos elementos que informen adecuadamente al juez constitucional para poder proferir un pronunciamiento de fondo, evitando un fallo inhibitorio2.

3.2. Frente a la demanda con la cual se incoa la presente acción de inconstitucionalidad tanto en la intervención de la Universidad Jorge Tadeo Lozano como en el concepto emitido por el Procurador General de la Nación, se postula la inhibición de esta corporación para emitir un

fallo de fondo.

Encuentra la Sala que esas solicitudes no están llamadas a prosperar toda vez que los demandantes esgrimen argumentos que reúnen los requisitos reiterados por la Corte, con fundamento en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, sin que ello implique que al no ser compartida la interpretación efectuada de la norma acusada, no deba ser confrontada con la Carta Política.

Lo anterior, motivado en el hecho de que en el libelo de la demanda se censura el artículo 424 de la Ley 599 de 2000 por la presunta vulneración del fuero militar y la unidad de materia, todo al formularse que el legislador no puede incluir dentro del Código Penal un delito que sólo puede ser cometido por un miembro de la fuerza pública, en servicio activo y en relación con el mismo.

Procede está corporación al análisis del artículo demandado, frente a las normas presuntamente vulneradas y de así estimarlo necesario, en aplicación del principio de control integral3, ante eventuales normas también conculcadas o que sirvan para la declaratoria de exequibilidad de la preceptiva ahora censurada.

4. Aspectos generales del fuero militar.

4.1. El artículo 221 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 19954, consagra el denominado fuero penal militar, según el cual los delitos que cometan los miembros de la fuerza pública (fuerzas militares y policía nacional, art. 216) en servicio activo, y en relación con el mismo, son competencia de las cortes marciales o tribunales militares (integrados por personal en servicio activo o en retiro), con arreglo a las disposiciones del Código Penal Militar. Preceptiva que aparece en los mismos términos en el artículo 1° de la Ley 522 de 1999, por medio de la cual fue expedido ese código, siendo declarado exequible mediante sentencia C-878 de julio 12 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Previamente, en la sentencia C-141 de marzo 29 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell, esta corporación indicó que la Carta Política y la existencia de un Código Penal Militar constituyen el “sustento legítimo del fuero”, de modo que en Colombia la justicia penal militar corresponde a un modelo “intermedio”, que se fundamenta en el reconocimiento de esa investidura y la existencia de una jurisdicción independiente. En aquella oportunidad se expuso (no está en negrilla en el texto original):

En Colombia la estructuración constitucional de la Justicia Penal Militar responde a un modelo intermedio que se soporta sobre el reconocimiento constitucional de la institución del llamado fuero militar (art. 221 C.P.), justicia que está integrada por elementos orgánicos y funcionales, objetivos y subjetivos, cuya manifestación concreta se encuentra en la existencia de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial – Cortes Marciales o Tribunales Militares – encargado de juzgar los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo – fuerzas militares y policía nacional – en relación con el mismo servicio, y con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.”

Así, se ha considerado que constitucionalmente el fuero penal militar se estableció como una

excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de ese tipo de conductas, por lo tanto y como se indicó en la sentencia C-399 de septiembre 7 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, sus alcances deber ser determinados en forma "estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete", como quiera que acorde con la hermenéutica constitucional las excepciones, para evitar que se conviertan en la regla general, deben ser interpretadas de forma restrictiva5.

En ese orden de ideas, se estableció que el artículo 221 superior debe ser analizado de forma sistemática con los principios valorativos y orgánicos de la Constitución, precisiones que se efectuaron dado que la justicia penal militar, como forma de jurisdicción específica, se encuentra sometida a la Carta, al igual que cualquiera de los órganos que cumplen competencias estatales. Se ha precisado sin embargo que aunque dicha jurisdicción no está adscrita a la justicia ordinaria, no se excluye su articulación funcional "como sucede en la práctica, porque corresponde a la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal – conocer el recurso de casación contra determinadas sentencias dictadas por los tribunales militares"6.

Igualmente, en la sentencia C-399 de 1995 ya aludida, interpretando la expresión "con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar", contenida en el artículo 221 superior y reiterando lo expuesto en la C-252 de mayo 26 de 1994 (Ms. Ps. Antonio Barrera Carbonell y Vladimiro Naranjo Mesa), se concluyó que efectivamente existe la necesidad de codificación de las instituciones de la justicia militar, en un solo cuerpo "de manera completa, sistemática y coordinada". Empero, se enfatizó que "ello no puede significar que todos los aspectos de la justicia militar deban estar formalmente contenidos en el texto de ese código, ya que algunas materias pueden estar razonablemente incorporadas en otras leyes7. (…) Sería absurdo considerar que esas regulaciones son inconstitucionales por referirse al tema de la justicia penal militar y no estar formalmente contenidas en el código respectivo, ya que se trata de normas legales de la misma jerarquía, por lo cual el Legislador tiene la libertad para establecer la mejor manera de sistematizar esas materias".

Y, más adelante, se expresó (no está en negrilla en el texto original):

"Todo lo anterior muestra que el Código Penal Militar no es ni puede ser un compartimento estanco totalmente separado del resto de la legislación ordinaria, pues sus normas deben ser interpretadas tomando en consideración las otras normas legales que sean pertinentes. Eso es tan claro que los artículos 13 y 302 del propio estatuto castrense establecen reglas de integración y hacen explícita referencia a otros códigos y leyes, en particular a los códigos penal, de procedimiento penal y de procedimiento civil.

La Corte concluye entonces que la ley ordinaria puede regular asuntos relativos a la justicia penal militar sin que tales disposiciones tengan que estar formalmente incorporadas en el texto del Código Penal Militar. Así también lo entendió la Corte Suprema de Justicia, al amparo de la Constitución derogada, pues esa Corporación señaló que la ley ordinaria podía regular distintos aspectos relacionados con la justicia castrense8. Como es obvio, se entiende que esas leyes, aun cuando no se encuentren formalmente en ese código, pueden modificarlo y adicionarlo, sin que ello implique ningún vicio de inconstitucionalidad ya que, se reitera, se trata de normas legales de la misma jerarquía."

De ese modo, esta corporación aclaró en el mismo pronunciamiento, luego de efectuar el

análisis teleológico de la preceptiva del artículo 221 constitucional, que posee "primariamente un sentido material, y sólo secundariamente una finalidad formal". Y, como "finalidad esencial" encontró que, dentro del marco de la Carta Política, busca que los miembros de la fuerza pública "estén cubiertos en sus actividades de servicio por un régimen jurídico penal especial, tanto sustantivo como procedimental, que sea acorde con la especificidad de la organización y funcionamiento de la fuerza pública" (no está en negrilla en el texto original).

Es oportuno reiterar que a diferencia de la finalidad del fuero de los miembros del Congreso de la República que busca "constituir un privilegio protector de la investidura,[y] asegurar al máximo la independencia en el juicio"9, tratándose del castrense "no puede entenderse el fuero militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia"10.

4.2. El artículo 221 de la Carta señala que el fuero militar abarca los delitos cometidos por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio. De esta forma, se denotan dos elementos para que se configure el fuero militar. El primero de orden subjetivo, que el delito sea cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, y el segundo de orden funcional, que esa acción u omisión guarde relación con el mismo servicio.

La aproximación conceptual a las locuciones destacadas se analizó en la sentencia C-358 de agosto 5 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz11, de la siguiente forma (no está en negrilla en el texto original):

"La expresión 'relación con el mismo servicio', a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan relación con el mismo servicio'. El término 'servicio' alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares – defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional – y de la policía nacional – mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica."

Igualmente, en la providencia que se acaba de citar se indicó que el artículo 221 constitucional deja entrever que las actuaciones de los miembros de la fuerza pública se presentan como integrantes de la misma, como personas y como ciudadanos, de modo que "la totalidad de los actos u omisiones" no pueden quedar comprendidas dentro del fuero. Para efectos penales se deben distinguir aquellas acciones u omisiones que tienen ocurrencia como miembro activo del cuerpo militar o policial, de las que corresponden a su actividad propia y singular como integrante de la colectividad, al ser "una distinción básica y obligada

si se quiere preservar la especialidad del derecho penal militar, que complementa el derecho penal común, pero que en modo alguno lo sustituye" (no está en negrilla en el texto original).

Partiendo de la premisa según la cual en un Estado Social de Derecho las funciones militares y policivas están "sujetas al principio de legalidad", en el mismo pronunciamiento se expuso que las actuaciones de sus miembros son legítimas siempre que se adelanten conforme a la Constitución y a la ley, de modo que dentro del marco legal aplicable, en criterio de esta corporación, tienen "mayor relevancia" las contenidas en el Código Penal Militar, al imponer "deberes de acción y de abstención", pretendiendo "excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos".

Es posible establecer que existe una distinción entre los delitos propiamente militares y los comunes, situación que se recalcó en el citada providencia, al señalar que "es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de 'actos del servicio' sino de la comisión de delitos 'en relación' con el servicio".

De este modo, se establece que al exigirse para la concreción del fuero que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, "obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial" (no está en negrilla en el texto original).

Ese criterio ha sido reiterado en reciente pronunciamiento contenido en la sentencia C-533 de mayo 28 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, en el que esta corporación dentro de la revisión oficiosa que le compete, entre otras decisiones, declaró fundadas algunas de las objeciones presidenciales elevadas frente al proyecto de Ley 111/06 Senado, 114/05 Cámara, "por la cual se expide el Código Penal Militar".

En aquella oportunidad, con respecto al fuero militar se indicó (no está en negrilla en el texto original):

"En efecto, los delitos que se investigan y sancionan a través de la jurisdicción penal militar no pueden ser ajenos a la órbita funcional de la fuerza pública, resultando como justiciables por ésta únicamente los que cometan, (i) los miembros de la fuerza pública, (ii) en servicio activo, (iii) cuando cometan delitos que tengan 'relación con el mismo servicio', es decir, los que se derivan directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley o los reglamentos les han asignado.

Por tanto, los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, pero

que no tengan relación directa con el mismo servicio no están cobijadas por el fuero militar y por ello a la justicia penal militar no le corresponde investigarlos y sancionarlos.

(…)

De admitirse la posibilidad de juzgamiento por la justicia penal militar de todas las personas a las que se imputa un delito, por el sólo hecho de haberlo cometido haciendo uso de las prendas militares o armas de dotación oficial, o por el solo hecho de estar en servicio activo, se estaría concluyendo que el fuero lo otorga la mera circunstancia de ser miembro de la fuerza pública, sin reparar en la relación de su conducta con el servicio castrense objetivamente considerado.

De manera que, para tener derecho al fuero penal militar, además de la condición de miembro de la fuerza pública en servicio activo, se requiere que el delito tenga relación con el mismo servicio, lo que no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para el cumplimiento de la misión castrense; por el contrario, el objetivo del derecho penal militar es excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos, que son repudiables y sancionables a la luz de la Constitución y la ley, pues en un Estado de Derecho no es tolerable el uso de medios ilegítimos para la consecución de sus fines."

Uno de los aspectos más importantes que además fueran señalados por esta corporación en la sentencia C-358 de 1997 ya referida, consiste en que las conductas que se describen en el Código Penal Militar, "no pueden acuñarse sin tomar en consideración las características propias del servicio militar y policial", de modo que "en algunos casos, los tipos penales comunes se incorporan en el Código Penal Militar, con el objeto de introducir elementos y circunstancias inherentes al servicio que presta la fuerza pública y que resulta conveniente tomar en consideración"12.

4.3. Se explica entonces la existencia de dos tipo penales de carácter "similar", como señala el Fiscal General de la Nación, pero que no comparten la misma finalidad, ni son equiparables sus ingredientes normativos, esto tratándose del artículo 424 del Código Penal, que ahora se analiza y el 186 de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar), el cual sanciona:

"ARTÍCULO 186. DE LA OMISIÓN DE APOYO ESPECIAL. El que sin justa causa rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido en la forma establecida por la ley, reglamentos, directivas, planes, circulares u órdenes, por el comandante de una Fuerza, unidad, buque o aeronave, para prestar auxilio en operaciones de campaña o de control del Orden Público13, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

La pena prevista en el inciso anterior será de tres (3) a seis (6) años de prisión, si como consecuencia de la omisión de apoyo se produjeren perjuicios materiales para la Fuerza Pública, sin perjuicio de lo previsto para el caso del concurso de hechos punibles.

Si el apoyo de que trata el inciso 1° del presente artículo, se refiere a las solicitudes de las autoridades civiles, la pena imponible será prisión de uno (1) a cuatro (4) años."

Queda así establecido que la omisión contenida en el artículo 424 de la Ley 599 de 2000, no

puede enmarcarse dentro de lo estipulado en el artículo 186 del Capítulo IV de la Ley 522 de 199914, ni en aquellas que apuntan a la insubordinación o a la desobediencia, pues al dar lectura a las referidas normas se constata que en los tipos especiales de este último estatuto se fijan comportamientos con mayor riqueza descriptiva, como quiera que comprenden elementos inherentes o propios del servicio que brinda la fuerza pública. Pretender entonces enmarcar la omisión del Código Penal en su homólogo especial conllevaría la impunidad de muchos comportamientos que no se puedan tipificar bajo los parámetros allí contenidos, máxime cuando no se cumpla con los requisitos objetivo y funcional del fuero.

4.4. Ahora, cabe anotar que los comportamientos excluidos del conocimiento de la justicia penal militar no se limitan a aquellos que no guarden relación con el servicio activo o con relación al mismo.

La Ley 522 de 1999 señala que los delitos relacionados con el servicio son "aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia" (art. 2°); y los que nunca pueden ser considerados como tales la "tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia" (art. 3°).

Esos argumentos fueron reiterados por esta corporación en la sentencia C-533 de 2008 previamente citada, al considerar como fundadas las objeciones presidenciales elevadas contra el artículo 3° del proyecto de Ley 111/06 Senado, 114/05 Cámara, "por la cual se expide el Código Penal Militar"15. Lo anterior en el entendido de que esa clase de taxatividad de las conductas excluidas del conocimiento de la justicia penal militar sólo puede ser considerada acorde con la Constitución y el bloque de constitucionalidad "en cuanto se agregue a su texto que además de los delitos expresamente mencionados por el legislador, quedan excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la fuerza pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio"(no está en negrilla en el texto original).

Los mismos criterios además han sido aplicados reiteradamente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,16 al tenor de los pronunciamientos proferidos por la Corte Constitucional.

5. La tipificación de la omisión de apoyo dentro del Código Penal no contraviene el bloque constitucional, el fuero penal militar, ni el principio de unidad de materia.

5.1. El artículo 93 de la Carta Política establece la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso de la República, que reconozcan los derechos humanos y prohíban su limitación, entonces, en procura de armonizar ese mandato con la preceptiva del artículo 4° que consagra la supremacía de la Constitución frente a otras normas jurídicas se recurrió a la noción de bloque de constitucionalidad, proveniente del derecho francés17.

En los análisis primigenios que sobre los orígenes de tal figura jurídica realizó esta corporación, en la sentencia C-225 de mayo 18 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero,

se puntualizó que el bloque de constitucionalidad se encuentra compuesto por normas y principios que se entienden normativamente incorporados a la Constitución, sin aparecer "formalmente" en su texto, empleados como parámetros de control constitucional, es decir, forman parte del articulado superior, aunque no así de su tenor literal stricto sensu, imponiéndose su respeto frente a la ley.

Se ha establecido entonces que la consideración de esa inclusión dentro del texto constitucional se presenta en virtud a que así lo impone una disposición de la misma, de modo que su desconocimiento resulta una vulneración de la Carta Política propiamente. Empero, como se indicó mediante sentencia C-358 de agosto 5 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, "con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de tratados ratificados por Colombia deba ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad que no todos los tratados internacionales forman parte de él".

En el mismo pronunciamiento que se acaba de citar se aclaró que la inclusión de esas normas ajenas al tenor literal de la Carta, como parámetro de control constitucional, se presenta porque tales preceptivas son "verdaderos principios y reglas de valor constitucional", al estar al mismo nivel de la Norma, como ocurre con los "convenios de derecho internacional humanitario", o por tratarse de algunas que sin tener rango constitucional, aquélla impone que sean respetadas por las leyes ordinarias, verbi gratia, como acontece con las orgánicas y estatutarias en determinados campos.

Como advierten los demandantes existen dos acepciones del bloque de constitucionalidad, una en sentido estricto y otra en sentido lato, que como se refirió en la sentencia C-401 de 2005, fue necesaria esa distinción para que dentro de los parámetros para el examen de constitucionalidad fuesen incluidas "leyes de categoría especial", en otros términos, otorgarles un carácter de "supralegalidad"18.

De ese modo, se afirmó que el bloque de constitucional en sentido lato se encuentra compuesto por todas aquellas normas de diversa jerarquía, que sirven de parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación, mientras que en stricto sensu son aquellos principios y normas de valor constitucional, "los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción" (C-191 de 1998, previamente citada).

Hechas las anteriores precisiones, si bien los demandantes refieren que el artículo 424 de la Ley 599 de 2000 contraviene el fuero penal de los miembros de la fuerza pública, puntualizando además que el análisis de la figura debe atender al bloque de constitucionalidad en stricto sensu, encuentra la Sala que esa disposición se aviene no sólo al tenor literal del texto superior, sino a los principios y normas de valor constitucional.

Con la preceptiva del artículo 424 de la Ley 599 de 2000 no se afectan las principales garantías judiciales del miembro de la fuerza pública que incurra en la omisión de apoyo, habida cuenta que conforme a los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 8° y 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en

supuestos fácticos como el formulado en la norma demandada se pregona la aplicación de la regla general, competencia de la jurisdicción ordinaria, por no tratarse de una conducta cobijada por el fuero militar. No se afectan entonces garantías judiciales fundamentales como el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial, establecido con antelación por la ley (principio de juez natural e imparcial), o a no ser condenado por actos u omisiones que al momento de desplegarse no constituyan delitos según el derecho nacional o internacional (principio de legalidad), que entre otras podrían ser invocadas bajo la argumentación esgrimida por los demandantes.

5.2. La norma que hoy se demanda tiene como antecedentes legales mediatos el artículo 177 de la Ley 95 de 1936, que preceptuaba "el militar o agente de la fuerza pública que rehúse o retarde indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno a cuatro años". Ese delito recibió una variación visible, pues en el Código Penal de 1936 se indicaba que el sujeto activo de la omisión podía ser un militar o un agente de la fuerza pública, para estipularse a partir del Decreto Ley 100 de 198019, incluso en el actual código, que el agente del delito es el miembro de la fuerza pública20.

Cabe anotar que en el anteproyecto del año 1974 elaborado por la primera comisión redactora del que se convertiría posteriormente en el Código de 1980, se suprimía esa norma (art. 177 del proyecto), por tratarse de "un delito de competencia exclusiva de la jurisdicción penal militar, descrito en el artículo 168 del C. de J. P. M"21; sin embargo, fue conservada por las comisiones segunda (art. 195 del proyecto de 1978)22 y tercera (art. 184 del anteproyecto de 1979)23.

De antaño la doctrina nacional, partiendo de la redacción de los artículos 160 del Decreto Ley 100 de 1980 y 168 del Decreto Ley 250 de 1958 (Código de Justicia Penal Militar) equivalentes a una transcripción del Código Penal Italiano de 1936 (Código Rocco), se ha mantenido dividida al intentar descartar de plano que ambas normas coexistieran con iguales campos de aplicación. Igualmente, en ese entonces algún sector de la doctrina formulaba como indebida la inclusión de la Policía Nacional dentro de las denominadas fuerzas armadas de modo que sus actuaciones delictivas deberían sujetarse a la ley penal común; sin embargo, frente a la discusión central que hoy nos ocupaba era aceptado que las dos normas cumplían funciones distintas en sus correspondientes esferas.

No resultaría de ese modo errado radicar la competencia en la jurisdicción ordinaria de la omisión contenida en el Código Penal, cuando las actuaciones sean ajenas al ejercicio activo de los miembros de la fuerza pública y en relación con ese mismo servicio, mientras que cuando ello no ocurra corresponderá el conocimiento a la justicia penal militar.

5.3. El artículo 424 de la Ley 599 de 2000, contenido en el Capítulo de los abusos de autoridad y otras infracciones, perteneciente al Título VIII de los delitos contra la administración pública –por lo que no se trata de un bien jurídico propio del orden militar24-, tipifica aquélla omisión en la que incurre el agente de la fuerza pública que rehúse, o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurriendo en pena de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Se trata entonces de un tipo penal autónomo, aunque un sector de la doctrina nacional asegure que constituye una modalidad del prevaricato por omisión, mientras que otras esferas consideran que se trata de un verdadero abuso de la autoridad funcional, en el cual se impide la eficacia del auxilio requerido en debida forma, poniendo en peligro la administración, al no respaldar el cumplimiento de una solicitud coactiva de quien está legitimado para hacerlo.

Nos encontramos ante un delito de los que la doctrina y la jurisprudencia clasifican como de sujeto activo calificado o propio, habida cuenta que se requiere que el infractor posea una calidad especial, para el presente evento ser miembro de la fuerza pública, es decir, perteneciente a las fuerzas armadas o a la policía por disposición expresa del artículo 216 superior.

Así, el sujeto agente es sancionado cuando rehúsa o indebidamente da un cumplimiento tardío al apoyo, la protección o el auxilio pedidos por una autoridad competente, en la forma establecida en la ley. Pese a que tradicionalmente se planteaba que la designación de omisión que forma parte del nomen iuris del punible no estaba contenida como uno de los "verbos rectores" del tipo, tal aparente vacío ha sido zanjado al entenderse doctrinariamente que la expresión rehusar, aunque en sentido literal corresponde a "no querer o no aceptar algo"25, se trata de una verdadera omisión al constituir una evasión a la colaboración requerida.

Debe precisarse como en efecto lo hace la doctrina nacional, que la omisión o el retardo en el cumplimiento requieren de ciertas características necesarias para la adecuación del comportamiento a la descripción del tipo, entre otras, como las de ser indebidos, ilegales o arbitrarios, habida cuenta que en aquellos eventos donde el apoyo elevado sea ilegítimo, no provenga de autoridad competente, o no se haya efectuado conforme a la ley, abstenerse a su cumplimiento no estaría sujeto a sanción penal.

Igualmente, la calificación de indebida en el caso de la demora al cumplimiento del apoyo requerido, conlleva un elemento normativo que debe tenerse en cuenta al momento de valorar el comportamiento como objeto de reproche penal, toda vez que no todo retardo se presentaría como indebido. El interprete de la norma deberá valorar las circunstancias fácticas y jurídicas que mediaron hasta el cumplimiento de la orden, al no poderse equiparar el tiempo que tarda en ejecutarse aquella que permite ser cumplida inmediatamente o con gran premura, con la que implique una mayor periodicidad en su ejecución.

La formulación de la orden debe obedecer a situaciones relacionadas con el ejercicio del cargo o de la función pública que cumple la autoridad requirente, de lo contrario una solicitud de apoyo que no revista esos rasgos resulta ilegítima, es decir, es imperativo que se cuente con el derecho para solicitar la colaboración. El mismo efecto tendría la orden dirigida a un miembro de la fuerza pública que se encuentre en períodos de vacaciones, licencia o descanso, pues quien brinda el apoyo debe tener la competencia para hacerlo.

De ese modo y como ha indicado la doctrina nacional en torno al análisis del artículo 186 de la Ley 522 de 1999, únicamente la fuerza pública puede suministrar apoyo a las autoridades; no es factible que la negativa se predique de un particular, o de uno de los miembros de la misma cuando obra como un integrante más de la colectividad, al no estar capacitados, y/u

obligados al cumplimiento en esas labores.

Se aclara además que al funcionario requerido le compete revisar los requisitos formales y no los sustanciales del apoyo solicitado, de modo que le está vedado negarse por no compartir el criterio de la misma. A manera de ejemplo, si al tenor del artículo 28 de la Constitución se expide una orden para la privación de la libertad de una persona, mediante mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, no puede negarse el miembro de la fuerza pública por razones de pertinencia, conveniencia, legalidad o no, al no corresponder a sus funciones.

5.4. Las consideraciones previas permiten establecer que el artículo 424 del Código Penal que ahora se analiza se aviene al fuero militar consagrado en el artículo 221 superior, como quiera que no se conculca el principio de que las conductas u omisiones de un miembro de la fuerza pública que sean objeto de reproche penal, siempre que sean desplegadas en servicio activo y con ocasión del mismo, sean competencia de la jurisdicción penal militar. Tampoco constituyen una vulneración al artículo 250 superior, en la forma que fuera modificado mediante el Acto Legislativo N° 03 de 2002, que reitera "se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio", desarrollada además por la Ley 906 de 2004 (art. 30).

Mediante sentencia C-591 de junio 9 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se declaró exequible el artículo 30 de la Ley 906 de 2004, que consagra dos excepciones a la jurisdicción penal ordinaria, esto es, aquellos delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, y los asuntos de los cuales conozca la jurisdicción indígena. En esa oportunidad se estudió la norma frente a la presunta vulneración del artículo 250 superior, en la medida que fue modificado por el Acto Legislativo N° 03 de 2002.

En la referida providencia, luego de reiterar los planteamientos sobre el fuero militar contenidos en la sentencia C-358 de 1997 ya citada, se concluyó que la misma excepción se encuentra contenida en el artículo 250 de la Constitución, "luego de la enunciación de los pilares básicos sobre los cuales se edifica el nuevo sistema de tendencia acusatoria, se constituye en una excepción constitucional a la aplicación del nuevo sistema procesal penal para el caso de los delitos de conocimiento exclusivo de la justicia penal militar".

Se planteó así que la "jurisdicción ordinaria es incompetente" para conocer esa clase de conductas, al tiempo que tratándose de la justicia penal militar, "si bien deben respetarse los principios generales consagrados en la Constitución en relación con el debido proceso y las garantías judiciales, no le resultan igualmente aplicables los principios enunciados en el primer inciso del artículo 250 constitucional, referidos de manera particular al sistema procesal penal con tendencia acusatoria. Es decir, el Acto Legislativo 03 de 2002 no modificó los criterios sentados por la Corte en la citada sentencia C-358 de 1997, para delimitar las competencias entre la justicia ordinaria y la justicia penal militar"26. En conclusión, el artículo 30 de la Ley 906 de 2004, en criterio de esta corporación, "es un simple desarrollo del artículo 221 constitucional".

Entonces, aunque el artículo 424 de la Ley 599 de 2000 fuese aprobado con antelación a las modificaciones efectuadas al sistema procesal penal mediante el Acto Legislativo N° 03 de

2002, no quiere decir en modo alguno que desconozca el artículo 250 actual de la Constitución, máxime cuando se reitera que algunos delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública, en servicio activo y en relación con el mismo, están excluidos del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y del procedimiento penal con tendencia acusatoria desarrollado con la Ley 906 de 2004. Se reconoce de ese modo que "en Colombia la estructuración constitucional de la Justicia Penal Militar responde a un modelo intermedio que se soporta sobre el reconocimiento constitucional de la institución del llamado fuero militar".

Acorde con estas consideraciones la preceptiva del artículo 424 de la Ley 599 de 2000, no implica una afrenta al fuero penal militar consagrado en la Carta Política, pues aunque se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado o propio (miembro de la fuerza pública), no quiere decir ello que no pueda estar contenido en el Código Penal, o que deba ser condicionada su exequibilidad como formula uno de los ciudadanos intervinientes. El interprete de la norma debe dar por sentado que las omisiones allí punidas tienen lugar en aquellos eventos en los cuales el miembro de la fuerza pública, en labores ajenas a las que constitucionalmente le han sido asignadas (arts. 217 y 218), según el caso, pero investido de tal calidad, omite brindar el apoyo solicitado bajo los presupuestos fácticos y jurídicos allí descritos, de modo que no puede tener cabida la aplicación del artículo 186 del Código Penal Militar, sin que ello implique la total impunidad de esa clase de faltas, como acontecería en el caso de la declaratoria de inexequibilidad de la norma.

5.5. La preceptiva demandada tampoco contraviene el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política, por lo que el referido cargo también será desestimado por esta corporación, por las razones que se esbozan a continuación.

Sobre el principio de unidad de materia la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha decantado que su fundamento es "implementar un control de tecnificación al proceso legislativo, dirigido a evitar las incongruencias normativas que en forma subrepticia, inadvertida, inconsulta e incluso anónimas aparecen en los proyectos de ley y que, por razón de su imprevisión e incoherencia temática, no guardan ninguna relación con la materia desarrollada en el respectivo proyecto"27.

Con fundamento en lo anterior se ha consignado que el principio de unidad de materia persigue un "objetivo razonable", cual es el de garantizar transparencia y legitimidad en el debate democrático, de modo que la deliberación y aprobación de la normas al interior del Congreso de la República se adelante con respecto a materias previamente definidas, conocidas y discutidas, "impidiendo que se introduzcan en los proyectos o leyes asuntos totalmente contrarios o extraños a los allí tratados o a su finalidad". Se agrega además que "no puede manejarse como un concepto rígido o de interpretación restrictiva, de manera que sobrepase su verdadera finalidad o distraiga su objetivo, y termine por obstaculizar el trabajo legislativo haciéndolo nugatorio" (C-796/04, previamente citada).

Y, más adelante, en el mismo pronunciamiento se indicó (no está en negrilla en el texto original):

"En ese sentido, viene sosteniendo la jurisprudencia constitucional que la expresión 'materia' debe entenderse desde una perspectiva 'amplia, global, que permita comprender diversos

temas cuyo límite, es la coherencia que la lógica y la técnica jurídica suponen para valorar el proceso de formación de la ley'28. Con base en tal apreciación, ha concluido igualmente que 'solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexequibles si integran el cuerpo de la ley'29."

Así entendido, se evidencia que el artículo 424 de la Ley 599 de 2000 previamente analizado, en modo alguno conculca el principio de unidad de materia, pues guarda evidente relación temática y teleológica con el denominado Código Penal, habida cuenta que tipifica una omisión que no resulta ser competencia de la jurisdicción penal militar, en la medida que no sea cometida por un miembro de la fuerza pública en servicio activo y con ocasión del mismo, esto es, aquellas comprendidas en los artículos 217 y 218 constitucionales, donde se indican los fines primordiales de la fuerza pública.

Igualmente, cabe recordar que la jurisprudencia ha puntualizado que existe una libertad de configuración del legislador, no sólo al establecer tipos penales ordinarios, sino que conserva la misma potestad tratándose de punir conductas en el Código Penal Miliar, los procedimientos establecidos para investigar y juzgar las mismas, e incluso remitir para aplicación en esa jurisdicción especial normas de la legislación penal ordinaria, siempre que sea respetada la relación que deben guardar con los actos propios del servicio.

Al respecto, en la sentencia C-358 de 1997, previamente citada, con relación a la libertad configurativa del legislador en las materias aludidas expuso (no está en negrilla en el texto original):

"Finalmente, el Código Penal Militar – entre otras opciones reservadas al campo de libertad configurativa del legislador -, puede efectuar un reenvío a la legislación penal ordinaria, en lo concerniente a los tipos penales no considerados expresamente, pero que pueden eventualmente ser violados por parte de los miembros de la fuerza pública al dar cumplimiento a las misiones relacionadas con actos y operaciones vinculados con el servicio.

En este último caso, el legislador puede limitarse a trasladar literalmente al Código Penal Militar los tipos penales ordinarios, siempre que se determine como elemento del tipo la relación directa del supuesto criminal con la prestación del servicio militar o policial. De lo contrario, sin justificación alguna se expandiría la justicia penal militar y, además, ella adoptaría un sesgo puramente personalista, ajeno por entero a la finalidad que la anima y que apunta a preservar la legitimidad que ha de rodear todo acto de disposición y uso de la fuerza pública.

En el plano normativo el legislador no puede, pues, construir los tipos penales militares, modificar los tipos penales ordinarios o incorporarlos en el Código Penal Militar, sin tomar en consideración lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios del servicio militar y policial. La justicia penal militar está montada sobre dos elementos que se equilibran mutuamente: uno de carácter personal – miembro de la fuerza pública en servicio activo – y, otro, de índole funcional – relación del delito con un acto del servicio. Por

consiguiente, el legislador no puede sin más alterar este equilibrio.

Hacer caso omiso de la relación funcional o relajarla hasta el punto de que por ella pueda entenderse todo lo que ocurra mientras se adelanta una acción emprendida por miembros de la fuerza pública o todo aquello que se siga de su actuación, como se desprende de las expresiones examinadas, conduce inexorablemente a potenciar sin justificación alguna el aspecto personal del fuero militar.

Tanto en los delitos típicamente militares como en los comunes cuyos elementos, de una o de otra manera, han sido modificados con el objeto de adaptarlos al contexto de la función militar o policiva, el concepto de servicio o misión legítima constituye un referente obligado para el legislador, que toma de éste características y exigencias propias para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas. En estos dos casos convergen de manera ciertamente más acusada los elementos personal y funcional que integran la justicia penal militar.

En el tercer caso – recepción pasiva de tipos penales comunes -, el riesgo de reforzar el elemento personal de la justicia penal militar en detrimento del elemento funcional es definitivamente mayor, lo que debe llevar a la Corte a un examen más estricto y riguroso sobre esta parte de la normativa, máxime si se repara en que por dicho sendero el fuero puede fácilmente trocarse en privilegio y, paralelamente, el derecho especial extender su dominio a costa del derecho penal común y de la jurisdicción ordinaria."

Entonces, además de haberse indicado con precedencia que el artículo demandado respeta el fuero penal, pues consagra una omisión que puede ser punible siempre que el miembro de la fuerza pública no se encuentre en servicio activo o en relación con el mismo (defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional para las fuerzas militares, y el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar la convivencia pacífica, en el caso de la policía nacional arts. 217 y 218 Cons.); implica que el rehusarse o retardar indebidamente el apoyo pedido se adecua a un punible de competencia de la jurisdicción ordinaria, contrario a lo expuesto por los demandantes. Así, lógico resulta que se encuentre incluido en el Código Penal, sin que resulte ser un elemento ajeno, que no guarde unidad con el mismo, máxime que se trata de un comportamiento que se sanciona desde la Ley 95 de 1936, luego no resulta novedoso para nuestra legislación.

A su vez, y sólo en gracia de discusión, como se señaló previamente, en materia penal ordinaria y penal militar, dentro de los marcos establecidos en la Constitución, el legislador goza de una libertad de configuración para definir aquellos delitos que deben ser conocidos por esas jurisdicciones y los procedimientos que las rigen (C-399 de 1995), pudiendo existir incluso un reenvío, a otra normatividad, como efectivamente ocurre en la actualidad, donde el artículo 18 de la Ley 522 de 1999 consagra, dentro de los principios y reglas fundamentales del Código Penal Militar, el principio de integridad según el cual "en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este código". Del mismo modo, la Ley 906 de 2004 contiene ese mismo principio en el artículo 25, siendo del

siguiente tenor: “en materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal”.

5.6. Ahora bien, los demandantes también acusaron la preceptiva del artículo 424 de la Ley 599 de 2000, por la presunta vulneración al artículo 169 superior, que corresponde al título de las leyes, al tenor del cual este deberá corresponder precisamente a su contenido, y a su texto precederán las expresiones “El Congreso de Colombia, DECRETA”, acusación frente a la cual no efectuaron argumentación alguna, al limitarse a explicar el cargo relacionado con el principio de unidad de materia. De ese modo, esta corporación no se pronunciará al respecto, pues no existe un cargo en concreto, máxime cuando la ley contentiva del tipo penal censurado forma parte del Código Penal.

Visto lo anterior, la Sala concluye que no le asiste razón a los actores, como quiera que está demostrado que la vulneración del principio de unidad de materia que invocan tampoco tiene fundamento.

5.7. Empero, aunque el artículo 424 de la Ley 599 de 2000 se aviene a la garantía constitucional del fuero y al principio de unidad de materia, encuentra la Corte que su exequibilidad no excluye la aplicación de otros tipos penales de mayor gravedad que pudieran derivarse de dicha omisión, como quiera que a los miembros de la fuerza pública les corresponde el deber constitucional de proteger a la población, erigiéndose entonces en posición de garante, consecuente con su misión de defensa de la soberanía, la integridad territorial, el orden constitucional y el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar la convivencia pacífica, según lo consagran los artículos 217 y 218 de la Carta Política.

Recuérdese que una conducta típica y antijurídica puede ser punible tanto por acción como por omisión, y que en el comportamiento del artículo 424 del Código Penal, el miembro de la fuerza pública tiene a su cargo el bien jurídico tutelado de la administración pública, que debe ejercer apropiadamente en el ámbito de su competencia.

Resulta oportuno resaltar que acorde con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 25.536, julio 27 de 2006, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón), “posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable”; luego se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido.

Bajo tales supuestos, en la referida providencia se analizan el concepto de posición de garante en sentidos restringido y amplio, de la siguiente forma (no está en negrilla el texto original):

“En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de

omisión.

En sentido amplío, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas."

Así y una vez efectuado un análisis sistemático de los artículos 1° y 95.2 de la Constitución y 25 del Código Penal, la Corte Suprema, Sala Penal, concluyó en el citado pronunciamiento que la legislación colombiana sigue el criterio restringido, habida cuenta que además del principio de solidaridad consagrado en la Carta Política, la norma penal "dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia o impura".

Continuando con el análisis del artículo 25 de la Ley 599 de 2000, con acucioso fundamento en el decurso histórico de la teoría de la posición de garante en nuestra legislación, se indicó que el mismo consta de dos partes, explicadas así (no está en negrilla en el texto original):

"La primera –incisos 1° y 2°-, obediente al primer paso en la evolución del tema, a la inicial y más tradicional posición de garante, se relaciona directamente con la persona a la que se puede imputar la realización de una conducta, cuando tiene el deber jurídico de impedir un resultado jurídico y no lo evita pudiendo hacerlo, es decir, apunta, como se dijo, a los delitos de comisión por omisión.

Esa fase primigenia quiere decir que la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está compelido a resguardar específicamente un bien jurídico.

Así, cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la posición de garante.

La segunda –inciso 3° con sus cuatro numerales, y parágrafo- alude al ulterior desenvolvimiento del estudio del tema, si se quiere, cuando el análisis de la posición de garante comienza a separarse de lo estrictamente legal o jurídico y a ser penetrado por construcciones en general sociales, culturales y extralegales, tales como la 'cercanía o proximidad social', la 'relación social especialmente estrecha', las 'relaciones de confianza', la 'tópica-analógica', las 'situaciones de compenetración social', los 'vínculos de solidaridad o de fidelidad', la 'creación previa del riesgo', la 'fusión de bien jurídico y rol social' o 'teoría sociológica de los roles', 'el dominio sobre la causa del resultado', los 'deberes de aseguramiento en el tráfico', etc. Por estas vías se abre espacio, entonces, a criterios como aquellos mencionados en los cuatro numerales del inciso 3° del artículo 25 del Código Penal.

Y, desde luego, tal como lo dice el parágrafo del artículo, esos cuatro criterios operan exclusivamente respecto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales."

Como conclusión particularmente aplicable al análisis del artículo que ahora ocupa el estudio de la Corte Constitucional, se explicó que (está en negrilla en el texto original) “existe posición de garante en todos aquéllos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente”.

Igualmente, la Sala de Casación Penal, una vez efectuado un estudio comparativo en dicho pronunciamiento sobre la legislación de otros países frente a la consagración de la comisión por omisión, planteó que “las conductas conocidas como de omisión impropia que emanan del cumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre por la Constitución y/o por la ley no se circunscriben exclusivamente a unos pocos delitos”.

Y, más adelante, agregó (no está en negrilla en el texto original):

“Como se ve, la letra de la ley, la estructuración de la normatividad pertinente, la historia reciente del articulado, y el derecho comparado, permiten afirmar lo dicho al comienzo de este sector de esta sentencia: el artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes; la primera, que comprime la posición de garante al deber impuesto por la Constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con todo bien jurídico; y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente admisibles frente a los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual y formación sexuales.

Y si el derecho impone a una persona una obligación, y ésta se sustrae a la misma con intención y querer o por omisión del deber de cuidado en el caso concreto, con lo cual produce una ofensa al ordenamiento jurídico, viola la posición de garante pues infringe sus deberes.”

Acorde con la argumentación ahora acogida, encuentra esta corporación que constitucional y legalmente se ha impuesto a los miembros de la fuerza pública una serie de obligaciones, que al ser desatendidas dan lugar a la imposición de la sanción contenida en el artículo 424 del Código Penal, al concurso con otros tipos penales, o la aplicación única de aquéllos, cuando el funcionario judicial al momento de analizar los supuestos fácticos relevantes para el derecho penal, considere y debidamente argumente que no existe un eventual concurso, acorde con los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios existentes para desatar el tema de la unidad o pluralidad de conductas.

5.8. Todo lo expuesto conduce a declarar la exequibilidad condicionada del tipo penal de omisión de apoyo contenido en la Ley 599 de 2000 (Código Penal) que fuera objeto de la demanda formulada, de manera que no se entienda excluida la aplicación de otros tipos penales cuando los hechos constituyan delitos de mayor gravedad, como quedo señalado con antelación.

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el artículo 424 de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”, sin perjuicio de la aplicación de otros tipos penales cuando los hechos constituyan delitos de mayor gravedad.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

Impedimento aceptado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver, entre otros, auto 288 y sentencia C-1052 de 2001, ambos de octubre 4, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

2 C-1052 de 2001, previamente citada.

3 Al respecto, en la sentencia C-545 de mayo 28 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, se recordó: "El artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, por el cual fue dictado el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, fija como imperativo que la corporación confronte las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos superiores, especialmente los del Título II. Igualmente, en el artículo 46 de la Ley 270 de 1996 se consagra ese principio de control integral, norma frente a la cual esta corporación indicó en sentencia C-037 de febrero 5 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa: 'A través de la norma bajo examen se busca que la Corte, en caso de encontrar que un determinado canon constitucional ha sido violado por una norma legal, o que, por el contrario, él sirve para declarar su exequibilidad, entonces pueda fundarse la

sentencia en ese precepto, así este no haya sido invocado por el demandante. Lo anterior no significa, y en esos términos lo entiende la Corporación, que en todos los casos la Corte deba realizar un análisis de la totalidad del texto de la Carta frente a la disposición legal que se estudia, pues – se reitera – lo que se busca es la posibilidad de invocar argumentos adicionales sustentados en otras normas fundamentales que servirán para adoptar una mejor decisión'". (No está en negrilla en el texto original.)

4 Artículo declarado exequible mediante sentencia C-387 de diciembre 19 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

5 Planteamientos acogidos por esta corporación al compartir y reiterar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 4 de 1971, M. P. Eustorgio Sarria, donde se definió que la jurisdicción ordinaria es el "principio fundamental que preside y orienta la administración de justicia", el cual puede sufrir excepciones, como ocurre en el evento del fuero castrense, "que por serlo, la misma Constitución y la doctrina otorgan un carácter restringido", de modo que el legislador no puede ampliarlas para no menoscabar la regla general.

6 C-141 de 1995, previamente citada.

7 No está en negrilla en el texto original.

8 "Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 31 de julio de 1975. MP Eustorgio Sarria. S CLII y CLIII, p 131."

9 Cfr. C-545 de mayo 28 de 2008, previamente citada.

10 C-141 de 1995, previamente citada.

11 En aquella oportunidad los alcances de las preceptivas contenidas en el artículo 221 de la Constitución fueron analizados frente a expresiones del tenor de "con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales", que fueran declaradas inexequibles, contenidas en varias disposiciones del entonces Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1998).

12 No está en negrilla en el texto original.

13 No está en negrilla en el texto original.

14 El artículo 186 del actual Código Penal Militar dista además de lo estipulado en los artículos 214 y 215 del Decreto 2550 de 1998, que disponían:

"Artículo 214. Omisión de apoyo. El que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Artículo 215. Agravación punitiva. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad, si la omisión fuere de prestar auxilio reclamado en operaciones de campaña, por el comandante de una fuerza, buque, o aeronave, sin justa causa."

15 El artículo 3º del proyecto indicaba: “Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”.

16 Véase, entre otras, sentencias de casación rad. N°. 15.705 de febrero 13 de 2003, M. P. Herman Galán Castellanos; 16.295 de julio 24 de 2003 y 18.729 de octubre 2 de 2003, M. P. Marina Pulido de Barón; 18.643 de octubre 2 de 2003, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; 18.174 de marzo 31 de 2004, M. P. Herman Galán Castellanos; 13.742 de abril 15 de 2004 y 13.813 de junio 2 de 2004, Ms. Ps. Marina Pulido de Barón y Edgar Lombana Trujillo; y, 15.904 de octubre 6 de 2004, M. P. Edgar Lombana Trujillo.

17 C-401 de abril 14 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

18 C-191 de mayo 6 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se indicó que esa “supralegalidad” se reputa de los tratados internacionales sobre derechos humanos referidos en el artículo 93 superior, las leyes orgánicas, las estatutarias y, como allí se puntualizó, en los tratados internacionales que integran el contenido normativo del artículo 101.

19 El artículo 160 del Decreto Ley 100 de 1980 preceptuaba: “Omisión de apoyo. El agente de la fuerza pública que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años”.

21 Cfr. Acta N° 82 de la sesión celebrada en octubre 29 de 1974. En: Actas del Nuevo Código Penal Colombiano (Decretos 100, 141 y 172 de 1980), Parte Especial (Arts. 11 a 322), Vol. III, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1981, pág. 101.

22 Op. Cit., pág. 207.

23 Op. Cit., Acta N° 16, sesión de mayo 10 de 1979, pág. 311.

24 Igual bien jurídico se busca proteger con el artículo 186 del actual Código Penal Militar, al estar también tipificado como un delito contra la administración pública, pero como indica la doctrina nacional, cuando se presenta en operaciones de campaña o de control del orden público, señalando además que esos temas aparecen desarrollados en los reglamentos internos, en los libros de control y demás documentos que soportan los actos de servicio.

25 Diccionario esencial de la lengua española. Real Academia Española, Madrid, 2006

26 No está en negrilla en el texto original.

27 Cfr. C-796 de agosto 24 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

28 “Sentencia C-523 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.”

29 “Sentencia C-025 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.”