

Sentencia No. C-240/94

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL/PRESCRIPCION DE LA PENA/PERSONAL MILITAR-  
Separación absoluta

La prescripción es la cesación de la potestad punitiva del Estado después de transcurrido el periodo de tiempo fijado por la ley. La prescripción opera tanto para la acción como para la pena. En la prescripción de la pena el Estado renuncia a su potestad represiva por el transcurso del tiempo, anulando de esta manera el interés de hacer efectiva una condena o sanción legalmente impuesta. De acuerdo con nuestro Ordenamiento Constitucional no hay penas imprescriptibles. Es decir, que a la luz de las normas constitucionales que hoy rigen no puede existir pena alguna, sea cual fuere su índole (criminal, disciplinaria, contravencional, policiva, fiscal, administrativa, tributaria, etc.), que no prescriba. No le asiste razón al demandante, porque la pena de separación absoluta de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional es prescriptible y en consecuencia no vulnera el artículo 28 de la Constitución Nacional, ni ningún otro canon Superior, pues pertenece a la potestad del legislador establecer las sanciones a que se hacen acreedores los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que cometan delitos en relación con el mismo servicio.

PENA ACCESORIA-Discrecionalidad del Juez

Es el juez quien tasa la pena previamente señalada por el legislador, de acuerdo con los criterios antes mencionados. Cabe agregar que cuando se trata de imponer penas accesorias, el juez obra con cierta discrecionalidad, pero única y exclusivamente en cuanto a la clase de medida a imponer y el término de duración de la misma, siempre y cuando el legislador no haya establecido expresamente cuál de ellas procede y el periodo de duración.

REF.: Expediente No. D-451

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 2o. del artículo 38 del decreto 2550 de 1988.

Separación absoluta de las Fuerzas militares y la Policía Nacional.

Actor: Ferrán Gómez Vélez

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., diez y nueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

## I. ANTECEDENTES.

El ciudadano FERRAN GOMEZ VELEZ en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presenta demanda contra el numeral 2o. del artículo 38 del Decreto 2550 de 1988, Código Penal Militar, que consagra como pena accesoria, la separación absoluta de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, por infringir el artículo 28 de la Carta.

A la demanda se le imprimió el trámite constitucional y legal correspondiente y una vez recibido el concepto fiscal, procede la Corte Constitucional a decidir.

## II. NORMA ACUSADA.

El texto impugnado del artículo 38 del decreto 2550 de 1988 es el que aparece subrayado:

Decreto 2550 de 1988

“Por el cual se expide el nuevo Código Penal Militar”

.....

“Artículo 38. Penas accesorias. Son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes:

1. Restricción domiciliaria
2. Separación absoluta de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional
3. Interdicción de derechos y funciones públicas

4. Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio
5. Suspensión de la patria potestad
6. Expulsión del territorio nacional para extranjeros
7. Prohibición de consumir bebidas alcohólicas”

### III. RAZONES DE LA DEMANDA.

Manifiesta el demandante que “siendo norma constitucional y consagratória de un derecho fundamental, que no puede existir en nuestro país ninguna pena que sea de carácter imprescriptible, es obvio que el artículo acusado es violatorio de tal principio porque establece una pena de carácter absoluto, que no admite rehabilitación para quienes la sufran, que no son pocos, ya que el artículo 48 del Código Penal Militar, la hace obligatoria para todos los condenados a prisión por delitos dolosos”.

En consecuencia y guardadas las proporciones “la separación absoluta de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional equivale, en el Código Penal, a la pérdida del empleo público u oficial que, de acuerdo con el artículo 51, inhabilita hasta por cinco años para el desempeño de dichos cargos. Por contraste, en el caso de los militares o policías, con la sanción de separación absoluta quedan sometidos a perpetuidad a no poder ejercer una profesión para la cual se prepararon, a no poder completar un tiempo para pensión, ni a servir a cargos en condición de empleados civiles.”

Por estas razones pide a la Corte que declare inexecutable la norma demandada.

### IV. INTERVENCION CIUDADANA.

Para efectos de justificar la constitucionalidad del numeral 2o. del artículo 38 del decreto 2550 de 1988, objeto de demanda, se presentaron tres escritos, así:

1.- El COMANDANTE GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES sostiene que el Código Penal Militar es un estatuto especial aplicable a los miembros en servicio activo de las Fuerza Pública, que tiene fundamento constitucional y legal. Y es la misma Constitución la que autoriza al legislador para establecer el régimen especial de carrera que les es propio (arts.

217 y 218), como el señalamiento de los casos en que los miembros de la fuerza pública pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones “y si tal privación cuenta con sustento constitucional, con igual respaldo es factible la desvinculación del delincuente judicialmente declarado, en los casos que la ley establece”.

La separación absoluta de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, como pena accesoria, como sanción disciplinaria o como medida administrativa ha estado consagrada siempre en los estatutos de carrera y “corresponde al carácter propio de las instituciones y a la especial condición de sus miembros....no es medida de aplicación general ni indiscriminada. Está prevista para delitos sancionados con pena de prisión que por su naturaleza, gravedad, circunstancias de consumación son excluidos del beneficio de la condena de ejecución condicional. No existe razón para que sus autores vuelvan a pertenecer a las instituciones de las cuales formaban parte cuando cometieron el hecho, sin perjuicio de que se incorporen y sirvan en otras dependencias o entidades estatales, para lograr o consolidar beneficios, si las normas pertinentes así lo permiten”.

Finalmente señala que si por “imprescriptible” de acuerdo al artículo 28 de la Carta, “ha de entenderse lo que no puede prescribir... la pena accesoria de separación absoluta de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional .....sí es prescriptible como tal y cabe el fenómeno extintivo de la misma, al tenor de los artículos 73 y 80 inciso tercero, del propio decreto ley 2550 de 1988; por ende, en ese sentido la disposición impugnada, no sería contraria al precepto constitucional invocado”.

2.- EL MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL comienza manifestando que el demandante confunde el fenómeno jurídico de la prescripción con el de la rehabilitación, olvidando que “mientras en la prescripción de la pena ésta no ha sido cumplida por quien ha sido penado, en la rehabilitación la sanción privativa de la libertad debe satisfacerse plenamente, hasta el punto de que este es requisito ‘sine qua non’ para su concesión, a menos que al beneficiario le hubiera sido concedida la condena de ejecución condicional, el indulto o el perdón judicial en las legislaciones que lo consagran”.

El inciso 3o. del artículo 28 de la Constitución no se refiere a la rehabilitación, sino a la prescripción de las penas y medidas de seguridad. “En parte alguna la Carta Política hace referencia a la irrehabilitación del delincuente, en términos similares a los cuales hace

menCIÓN tratándose de penas o medidas de seguridad, de tal suerte que si el legislador por razones de política criminal, considera que no es viable la rehabilitación por la comisión de determinados ilícitos, tal medida no deviene en inconstitucionalidad”.

En la norma acusada lo que “implícitamente” se está haciendo es imponiendo la “irrehabilitación” para quien ha sido separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, lo que aparece expresamente consagrado en el artículo 85 del mismo Código, “medida que obviamente no es inconstitucional por no prohibir la Carta Política, en ningún caso, la irrehabilitación del delincuente”. De otra parte, el legislador no ha prohibido la prescripción de la pena mencionada pues en el inciso 3o. del artículo 80 del citado estatuto, la fija en cinco (5) años.

La medida adoptada por el legislador en el artículo parcialmente demandado, encuentra justificación en el hecho de que “el integrante de la fuerza pública debe ser dueño de una intachable hoja de vida, de tal suerte que ofrezca plena garantía en el ejercicio de sus funciones. Se trata, pues, de una medida que resulta básica para la defensa de la vida, honra y bienes de los asociados y el recto y eficaz cumplimiento de los deberes y obligaciones que, constitucional y legalmente, le han sido impuestos a la fuerza pública, medida que, se reitera, no está prohibida en la Carta Política y resulta perfectamente consecuente con la misión de las Fuerzas Armadas”.

3.- El ciudadano LUIS FRANCISCO LEON FAJARDO expone una razón de conveniencia que no de constitucionalidad y es así como afirma que la norma impugnada es exequible pues “una persona que es sancionada y se le aplica una pena, como la contemplada en el artículo 38, no es conveniente su reintegro a una entidad institucional (sic) donde sus mejores elementos debe ser eficientes (sic) en todo el sentido de la palabra”.

#### V.- CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Procurador General de la Nación rinde su concepto mediante oficio No. 364 del 14 de enero de 1994, el que concluye solicitando a la Corte que declare exequible el inciso 2o. del artículo 38 del decreto 2550 de 1988, con fundamento en las consideraciones que se resumen en seguida:

- La prescripción se predica tanto de la acción penal como de la pena. La Constitución

Nacional en su artículo 28 consagra la prescripción de las penas y medidas de seguridad solamente “pero no la prescripción del delito y menos aún hace referencia a la rehabilitación del delincuente. El desarrollo de estos dos últimos fenómenos (prescripción del delito y rehabilitación), quedó entonces en la órbita de acción del legislador, y obedece a razones de política criminal. La imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad significa únicamente que el legislador debe señalar unos términos dentro de los cuales el Estado puede hacer cumplir una sanción ya irrogada. Vencidos estos se entiende que el Estado ha renunciado tácitamente a ejercer su potestad punitiva”.

- “La imprescriptibilidad de las penas significa que la ley debe fijar un término para que el Estado pueda hacer efectiva la punibilidad”, entonces basta verificar si la pena accesoria de separación absoluta de las fuerzas militares o de la policía nacional, cuenta con término de prescripción, y es así como en el artículo 80 del Código Penal Militar se fija en cinco (5) años, por tanto no existe quebranto del artículo 28 Superior.

- En cuanto a la imposibilidad de reincorporación a la Fuerza Pública como consecuencia de la separación absoluta “cuando se han materializado hechos punibles graves que conllevan la pena de prisión a militares o policías, ostenta indudablemente un carácter tuitivo, no solo desde el punto de vista institucional sino social, en cuanto proyección obligada de la acción de la Fuerza Pública, imperativo que se percibe en el mandato constitucional de ‘proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares’ (C.P. art. 2), y en las finalidades que han sido trazadas por la Constitución en los artículos 217 y 218”.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

### a.- Competencia.

Por dirigirse la acusación contra una disposición que pertenece a un decreto dictado por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad, tal como lo ordena el artículo 241-5 de la Constitución.

### b.- Las facultades extraordinarias.

El decreto 2550 de 1988, parcialmente impugnado, fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 53 de 1987, en cuyo artículo 1o. dispuso:

“De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de un año, contado a partir de la promulgación de la presente Ley, para elaborar y poner en vigencia un nuevo Código Penal Militar, y reestructurar la Justicia Penal Militar, con observancia de los siguientes lineamientos:

- a) Señalar los principios rectores, definir y describir las conductas constitutivas de los delitos en que puedan incurrir los militares en servicio activo y los miembros de la Policía Nacional, en relación con el mismo servicio, y fijar las correspondientes sanciones;
- b) Dictar las normas que regulan los procedimientos, las formalidades, el ámbito de la Justicia Penal Militar, determinar las competencias, y los organismos y funcionarios encargados de su aplicación, y
- c) Reestructurar la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público, adecuándolos a la nueva organización militar”.

De la misma manera encuentra la Corte ajustada a las facultades la disposición que se demanda, ya que las penas accesorias a que se hacen acreedores los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional en servicio activo, que incurran en los delitos que en el mismo Código Penal Militar se tipifican, además de ser materia propia de un estatuto penal, fue expresamente dispuesto por el Congreso en el literal a) del artículo 1o. de la ley de investidura.

No hay pues reparo constitucional que hacer al numeral 2o. del artículo 38 del decreto 2550 de 1988, objeto de impugnación, por los aspectos de temporalidad y materialidad fijados en la ley de facultades.

c. Prescripción de la pena y rehabilitación.

En primer término la Corte hará referencia a la prescripción de la pena y a la rehabilitación, pues en verdad el demandante confunde estas dos instituciones jurídicas, las cuales, como se verá en seguida, tienen características propias que las diferencian y cuya operancia y aplicabilidad depende del cumplimiento de cada una de las condiciones que la ley exige.

La rehabilitación tiene por objeto poner fin a una pena inhabilitante debidamente impuesta o a los efectos y consecuencias que ella produce, siempre y cuando el condenado haya dado pruebas de buena conducta durante el lapso que señale la ley, restituyéndole en el uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado.

La rehabilitación, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, “está destinada a hacer cesar anticipadamente, siempre que se haya dejado transcurrir el término básico para poder intentar su concesión, una pena de duración determinada, o para suprimir las consecuencias de una sanción de permanencia indefinida. Sus efectos surgen automáticamente cuando la pena ha sido satisfecha de modo total”. (sent. Sala Casac. Penal dic. 1/77).

Este instituto jurídico fue introducido por el legislador a nuestro ordenamiento penal ordinario en el artículo 92 (Dec. 100/80), en términos similares a como aparece consagrada en el artículo 85 del Código Penal Militar (Dec. 2550/88).

La prescripción, en cambio, es la cesación de la potestad punitiva del Estado después de transcurrido el periodo de tiempo fijado por la ley. La prescripción opera tanto para la acción como para la pena. En esta ocasión, se hablará únicamente de la prescripción de la pena, por ser éste el tema de interés para resolver el debate.

La prescripción de la pena es la “liberación de cumplir la condena impuesta tras cierto lapso en irregular libertad o sin aplicación de la medida restrictiva de otro derecho. Constituye ésta una de las causas de extinción de la responsabilidad penal”. (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. G. Cabanellas).

En la prescripción de la pena el Estado renuncia a su potestad represiva por el transcurso del tiempo, anulando de esta manera el interés de hacer efectiva una condena o sanción legalmente impuesta.

La prescripción de la pena ha sido consagrada también en nuestro ordenamiento penal



ordinario en los artículos 79, 87, 88, 89 y 90 (Decreto 100/80), y en el Código Penal Militar en los artículos 73, 79, 80, 81, 82 y 83 (Decreto 2550/88), cuyos textos guardan mucha similitud.

d.- La separación absoluta de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

La separación absoluta para el personal en servicio activo de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional consiste en el retiro definitivo de tales entidades, como consecuencia de la culminación de un proceso disciplinario, de un proceso penal o como una medida administrativa.

En tratándose de asuntos penales el Código Penal Militar autoriza al juez para imponer la separación absoluta como pena principal o como pena accesoria, siendo esta última la que el demandante impugna, la cual está expresamente contemplada en el numeral 2o. del artículo 38 del Estatuto citado, pues considera que es violatoria del artículo 28 constitucional, ya que es una pena imprescriptible.

El legislador, en ejercicio de su facultad punitiva, consagró en el decreto 2550 de 1988 - Código Penal Militar- los comportamientos delictivos en que pueden incurrir los miembros activos de las fuerzas militares y de la policía nacional, señalando las sanciones que acarrea la infracción de cada una de tales disposiciones.

Al igual que en los demás estatutos penales, el legislador, atendiendo criterios de política criminal, estableció una serie de penas, clasificándolas en principales y accesorias. Entre las principales se encuentran la prisión, el arresto y la multa, y como accesorias están la restricción domiciliaria, la separación absoluta de las fuerzas militares o de la policía nacional, la interdicción de derechos y funciones públicas, la prohibición de ejercer un arte, profesión u oficio, la suspensión de la patria potestad, la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, la prohibición de consumir bebidas alcohólicas, etc., penas que también pueden imponerse como principales.

Corresponde entonces al juez determinar en cada evento, conforme a los parámetros que señala el legislador, la cuantía o monto de la pena a que se hace acreedor el miembro de la fuerza pública que cometa alguno de los delitos que en dicho ordenamiento se consagran, para lo cual el fallador debe tener en cuenta, entre otros criterios, la gravedad de la

infracción, las modalidades del hecho, la personalidad del autor, el grado de culpabilidad, las causales de justificación, etc., circunstancias que están expresamente contempladas en el Código Penal Militar (art. 56), al cual pertenece la norma acusada.

Así las cosas, es el juez quien tasa la pena previamente señalada por el legislador, de acuerdo con los criterios antes mencionados. Cabe agregar que cuando se trata de imponer penas accesorias, el juez obra con cierta discrecionalidad, pero única y exclusivamente en cuanto a la clase de medida a imponer y el término de duración de la misma, siempre y cuando el legislador no haya establecido expresamente cuál de ellas procede y el periodo de duración. (art. 48 Código Penal Militar).

En caso de imponerse la pena de prisión, por ejemplo, el legislador contempló que ésta implica la accesoria de separación absoluta de las fuerzas militares o de la policía nacional y la interdicción de derechos y funciones públicas “por igual tiempo al de la pena principal”, según lo dispuesto en el artículo 48 del C.P.M.

De acuerdo con nuestro Ordenamiento Constitucional no hay penas imprescriptibles. La imprescriptibilidad de las penas la consagra expresamente la Carta, en la parte final del artículo 28, en estos términos: “En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

Es decir, que a la luz de las normas constitucionales que hoy rigen no puede existir pena alguna, sea cual fuere su índole (criminal, disciplinaria, contravencional, policiva, fiscal, administrativa, tributaria, etc.), que no prescriba.

En la norma que es objeto de estudio, como ya se ha dicho, el legislador consagró como pena accesoria, cuando no se establezca como principal, la separación absoluta de las fuerzas militares o de la policía nacional (art. 38-2 dec. 2550/88), la cual a tenor de lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal Militar, prescribe en el término de cinco (5) años, por ser una pena no privativa de la libertad.

Dice así el artículo 80 citado:

Para el delito de deserción, la pena prescribirá en dos (2) años.

Las penas no privativas de la libertad prescribirán en cinco (5) años.”

(Lo subrayado no es del texto)

Así las cosas no le asiste razón al demandante, porque la pena de separación absoluta a que alude el numeral 2o. del artículo 38 del decreto 2550 de 1988, materia de impugnación, es prescriptible y en consecuencia no vulnera el artículo 28 de la Constitución Nacional, ni ningún otro canon Superior, pues pertenece a la potestad del legislador establecer las sanciones a que se hacen acreedores los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que cometan delitos en relación con el mismo servicio (art. 221 C.N.).

Sin embargo, considera la Corte necesario aclarar al demandante que si lo que busca es que se declare inexecutable la disposición del Código Penal Militar que no permite la rehabilitación en caso de imponerse la sanción de separación absoluta, debe demandar las normas que así lo consagran, concretamente el artículo 85, disposición que no acusó y sobre la cual esta Corporación no puede pronunciarse de oficio, por que no se dan las condiciones que consagra el inciso tercero del artículo 6o. del decreto 2067 de 1991 (régimen procedimental de los juicios constitucionales), para hacerlo.

En consecuencia el numeral 2o. del artículo 38 del decreto 2550 de 1988, será declarado executable.

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

**R E S U E L V E :**

Declarar EXEQUIBLE el numeral 2o. del artículo 38 del decreto 2550 de 1988 – Código Penal Militar-.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JORGE ARANGO MEJIA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General