Sentencia C-368/00

LIBERTAD PERSONAL-Límites constitucionales

DESAPARICION FORZADA-Consagración en legislación nacional e internacional

DESAPARICION FORZADA EN PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA-Proscripción

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Incorporación automática al ordenamiento interno

DESAPARICION FORZADA-Procesamiento

Es claro que ni la norma constitucional ni los instrumentos internacionales, ni el artículo demandado permiten que en la actualidad se procese a alguien por el delito de desaparición forzada sin violar el artículo 29 de la Carta Política; ello sólo será posible válidamente, una vez entre en vigencia el nuevo Código Penal que consagra tal conducta como delito y señala la pena correspondiente, de acuerdo con las normas procesales que asignen la competencia requerida para conocer de esa clase de hecho punible, y definan las formas propias del juicio que se deberán observar.

NORMA PENAL-Deber de consagración en legislación interna

DESAPARICION FORZADA EN FUERO PENAL MILITAR-Exclusión/CODIGO PENAL MILITAR-Delitos no relacionados con el servicio

FUERO PENAL MILITAR-Exclusión de delitos no relacionados con el servicio

JURISDICCION PENAL MILITAR-Criterios para delimitar ámbito de aplicación

FUERO PENAL MILITAR-Criterios personal y funcional

JURISDICCION PENAL MILITAR-Competencia excepcional

IGUALDAD EN JURISDICCION PENAL ORDINARIA Y JURISDICCION PENAL MILITAR-Tipos penales

JURISDICCION PENAL ORDINARIA Y JURISDICCION PENAL MILITAR-Desistimiento del autor y

partícipes

JURISDICCION PENAL ORDINARIA Y JURISDICCION PENAL MILITAR-Comparación entre el trato que reciben unos y otros

TENTATIVA SIMPLE Y ACABADA EN JURISDICCION PENAL ORDINARIA Y JURISDICCION PENAL MILITAR-Comparación

DESISTIMIENTO EN JURISDICCION PENAL ORDINARIA Y JURISDICCION PENAL MILITAR-Disparidad de consecuencias normativas que vulnera igualdad

IGUALDAD ANTE LA LEY EN CODIGO PENAL ORDINARIO Y CODIGO PENAL MILITAR-Conducta que es sancionada con mayor rigor en uno de ellos

IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL-Sanción distinta atendiendo legislación ordinaria o militar

DELITO REMANENTE-Punibilidad

PODER PUNITIVO-Límites dados por la proporcionalidad

DESISTIMIENTO DE COMISION DE HECHO PUNIBLE-No es de recibo exención de toda pena aunque haya ocasionado graves lesiones

CONCURSO DE HECHOS PUNIBLES EN JURISDICCION PENAL ORDINARIA Y JURISDICCION PENAL MILITAR-Comparación

DELITO CONTINUADO COMO HECHO PUNIBLE UNITARIO-Sanción

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL EN JURISDICCION PENAL ORDINARIA Y JURISDICCION PENAL MILITAR-Falta de término de comparación por conductas punibles no consagradas en legislación ordinaria

NOTIFICACION POR ESTADO EN JURISDICCION PENAL ORDINARIA Y JURISDICCION PENAL MILITAR-Diferencias no violan igualdad

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ORDINARIO Y CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR-Constitución no establece identidad

RECURSO DE HECHO EN JURISDICCION PENAL ORDINARIA Y JURISDICCION PENAL MILITAR-Diferencias no violan igualdad

VIGENCIA DE LEY-Atribución del legislador

VIGENCIA DE LEY PENAL MILITAR SUPEDITADA A VIGENCIA DE LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA PENAL MILITAR-Inconstitucionalidad

LEY ESTATUTARIA-Taxatividad/LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Adición en materia penal militar

Referencia: expediente D-2546

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 25, 29, 32, 71, 344, 364 y 608 de la ley 522 de 1999 -"por medio de la cual se expide el Código Penal Militar"-

Demandante. Darío Garzón Garzón

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo del año dos mil (2000).

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

S E N T E N C I A

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano DARIO GARZON GARZON, demandó los artículos 3, 25, 29, 32, 71, 344, 364 y 608 de la ley 522 de 1999 "por medio de la cual se expide el Código Penal Militar".

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

referencia.

II. LAS NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben los artículos y se subraya el texto de las disposiciones demandadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 43.665 del 13 de agosto de 1999.

"LEY 522 DE 1999

(Agosto 12)

"por la cual se expide el Código Penal Militar

(.....)

"Artículo 3. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados 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."

(....)

"Artículo 25. Desistimiento. El que de manera libre y voluntaria abandone la ejecución del delito o impida su consumación, quedará exento de pena por el delito tentado.

"Si el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo, éste quedará exento de pena cuando voluntariamente haya efectuado los esfuerzos posibles para impedir su consumación."

(....)

"Artículo 29. Desistimiento de partícipes. Cuando varias personas tomen parte en la ejecución de un delito tentado, quedará exento de pena quien de manera libre y voluntaria impida su consumación.

“Si el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del partícipe o se ejecuta independientemente de la colaboración inicialmente prestada por el, éste quedará exento de pena cuando voluntariamente haya efectuado los esfuerzos posibles para impedir su consumación.”

(….)

“Artículo 32. Hecho punible unitario o continuado. Cuando la ejecución del hecho punible se fragmente en varias acciones u omisiones se tendrá como un hecho punible unitario.”

(….)

“Artículo 71. Concepto. En la sentencia condenatoria de primera, segunda o de única instancia, el Juez podrá, de oficio o a petición de interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

“1. Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres (3) años de prisión.

“2. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario.

“3. Que no se trate de delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria.”

(….)

“Artículo 344. Notificaciones por estado. Los demás autos se notificarán por medio de anotaciones en estado los cuales elaborará el secretario. La inserción en el estado, igualmente se hará pasados dos (2) días de la fecha del auto y en ella debe constar:

“1. La indicación del proceso.

“2. La identificación del procesado. Si fueren varios procesados bastará la designación del primero de ellos añadiendo la expresión ‘y otros’.

“3. La fecha del auto y el cuaderno y folio en que se halla.

“4. La fecha del estado y la firma del secretario.

“El estado se fijará en un lugar visible de la secretaría y permanecerá allí durante las horas de trabajo del respectivo día, si es auto de sustanciación; si es auto interlocutorio durará fijado durante las horas de trabajo del día respectivo y del día siguiente.

(….)

“Artículo 364. Procedencia y trámite. Siempre que se deniegue el recurso de apelación, puede la parte agraviada recurrir de hecho al superior.

“El que pretenda recurrir de hecho, pide reposición del auto que deniega la apelación, y en subsidio, copia de la providencia apelada, de las diligencias, de su notificación y del auto que deniegue la apelación.

“El secretario las expide anotando la fecha en que las entrega al solicitante.

“Para admitir el recurso de hecho, se requiere que la apelación sea procedente conforme a la ley, que haya sido interpuesta en tiempo y que en tiempo también se haya pedido la reposición e interpuesto éste.”

(….)

“Artículo 608. Vigencia. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, la presente ley regirá un (1) año después de su expedición, siempre y cuando se halle en vigencia la respectiva ley estatutaria que define la estructura de la Administración de la Justicia Penal Militar.”

III. LA DEMANDA

Dado que los cargos que formula el actor contra las normas transcritas son muy breves, se transcribirán en su totalidad.

– En cuanto al artículo 3 acusado, señala que “la desaparición forzada no aparece en la legislación colombiana, porque el Estado colombiano no ha ratificado convenio ni tratado alguno al que se refiera esa conducta, por lo mismo se violenta el artículo 29 de la C.P., pues

allí se dice que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute. Pero además, de conformidad con el artículo 1 de la C.P. que se refiere a que Colombia es un Estado de derecho, lo anterior significa que no se puede limitar a actos que no sean del servicio los tres mencionados, sino todos aquellos que lleven implícito un delito, por ejemplo un hurto, una violación carnal, una estafa, etc. Entonces es inconstitucional la limitación que hace la ley."

– El artículo 25 "quebranta el principio de la igualdad a que se refiere el artículo 13 de la C.P., toda vez que al remitirse uno al régimen penal ordinario no encuentra una disposición similar, y por lo mismo, al comparar ambos estatutos, se llegaría a la conclusión que en el régimen militar el sujeto activo quedaría exento de pena, si voluntariamente ha efectuado los esfuerzos para impedir su consumación, situación que no sucede cuando idéntica situación se de en el régimen ordinario."

– El artículo 29 viola el principio de igualdad "por cuanto en el artículo demandado se establecen posibilidades de que los militares queden exentos de responsabilidad, no obstante haber sido partícipes, circunstancia que no sucede cuando el hecho es cometido por particulares, toda vez que norma similar no existe dentro del decreto 100 de 1980, Código Penal, haciéndose más ventajosa la situación para el militar que para los particulares."

– El artículo 32 también viola el artículo 13 de la C.P. "por cuanto en el decreto 100 de 1980, los supuestos de hecho similares a los de la norma demandada son regulados como concurso de hechos punibles, artículo 26, y por lo mismo sometidos a la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto, mientras que la norma acusada lo trata como un hecho punible unitario, con lo que se demuestra la desigualdad en el trato."

– El numeral 3 del artículo 71 viola el mismo artículo 13 de la C.P. "toda vez que si dichos comportamientos tienen sanción cuyo mínimo no sea superior a tres (3) años de prisión, no tiene sentido que de todas maneras se le niegue el subrogado de la condena de ejecución condicional."

– El artículo 344 viola el principio de igualdad "toda vez que en el régimen procesal penal ordinario, artículo 190, no se establece distinción en que la providencia a notificar sea de sustanciación o interlocutoria, sino que en ambos casos el estado se fija por el término de un día en la secretaría."

– El artículo 364 también quebranta el artículo 13 de la C.P. “toda vez que en el régimen ordinario, artículo 208 del C.P.P., no es necesario interponer recurso de reposición, sino que directamente el interesado solicita las copias pertinentes, las cuales son enviadas inmediatamente al superior. En cambio en la norma demandada se requiere previamente interponer recurso de reposición. En mi sentir, esa adición, vuelvo a repetirlo, quebranta el principio de igualdad, sin que obviamente se justifique.”

– Sobre el artículo 608 dice que “si bien es cierto en la Constitución no existe norma alguna que se refiera a la vigencia de las leyes, lo que si no tiene sentido en un Estado de derecho es que se condicione su vigencia a dos hechos, a saber: un tiempo y un hecho incierto. Lo que puede hacer nugatoria su vigencia, por la segunda circunstancia.”

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Los ciudadanos Mónica Fonseca Jaramillo, apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho, y Manuel Castro Suárez, asesor legal del Ministerio de Defensa Nacional, intervienen conjuntamente para defender la constitucionalidad de las normas demandadas, basando su posición en los siguientes argumentos:

La prohibición de la desaparición forzada aparece consagrada en el artículo 12 de la Constitución. Además, se encuentra establecida en varios instrumentos internacionales como delito de lesa humanidad; vr. gr., en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aprobada por la XXIV Asamblea de la OEA, y firmada por Colombia el 4 de agosto de 1994; y en la constitución de la Corte Penal Internacional.

Respecto de la desaparición forzada de personas existe consenso de los Estados que conforman la comunidad internacional en prohibir esta conducta atroz, tal prohibición “…hace parte del ius cogens o derecho consuetudinario, de donde podemos concluir que es una norma imperativa para todos los Estados, así ésta no se encuentre consagrada o reglamentada en sus respectivas legislaciones, en razón a que se da una incorporación automática a la misma”. La Corte Constitucional, añaden los intervinientes, también se ha

referido a esta conducta en las sentencias C-574/92 y C-069/4.

Tampoco le asiste razón al actor cuando afirma que las conductas contempladas en el artículo 3 acusado no son las únicas que pueden señalarse como actos ajenos al servicio, sino que tal calificación debe extenderse a todas aquellas que constituyan delito, pues no hay lugar a comparar los delitos de lesa humanidad con otros que no lo son (ver sentencia C-358/97). Igualmente, consideran los intervinientes que, como el Código Penal Militar entra en vigencia un año después de su expedición, bien puede el legislador dictar una ley durante ese periodo, en la que se consagren como tipos penales la desaparición forzada y otras actuaciones de lesa humanidad; de hecho, ese tipo penal aparece en los proyectos de Código que actualmente están a estudio del Congreso.

El artículo 32 demandado, tampoco vulnera la Carta pues "la ley adoptó el sistema de acumulación jurídica de penas para sancionar los concursos, norma similar al artículo 26 el Código Penal ordinario. No obstante, fue voluntad del legislador conforme a criterios de política criminal y en consideración a la especialidad de la justicia penal militar, consagrar en el artículo acusado el hecho punible unitario o continuado, disposición enderezada por una parte a fijar criterios en relación con el complejo tema del concurso de hechos punibles, y de la otra a favorecer la aplicación de los principios de eficacia y celeridad en el proceso penal militar, acorde con los mandatos y postulados constitucionales."

El numeral 3 del artículo 71, no viola el artículo 13 de la Constitución, "toda vez que el legislador es autónomo para disponer ese tratamiento diferente en el Código Penal Militar al establecido en el estatuto penal ordinario, en razón a la especialidad e importancia de las funciones de los militares y policías en el cumplimiento de los fines del Estado social de derecho, así como para asegurar la protección de las personas residentes en el territorio nacional y sus derechos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Carta Política". Según los intervinientes, lo mismo es predicable de los artículos 344 y 364 del Código Penal Militar demandados. Además, el hecho de que se consagren tratamientos o regulaciones diferentes a los contemplados en el régimen penal ordinario no hace que las normas acusadas sean inconstitucionales, mientras no vulneren derechos y garantías de las personas (Sentencia C212/94).

Respecto del artículo 608, materia de impugnación, consideran los intervinientes que no

infringe el ordenamiento superior, pues es facultad del legislador definir el inicio de la vigencia de las leyes. En el presente caso lo hizo en forma condicionada "previendo la tramitación y aprobación en el tiempo allí establecido de la ley estatutaria que define la estructura de la administración de la justicia penal militar, quedando así desvirtuados los cargos contra las normas citadas."

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación en concepto No. 1940, recibido el 2 de noviembre de 1999, solicita a la Corte declarar constitucionales los artículos 3 y 32 en su totalidad, y los apartes acusados de los artículos 71, 344 y 364 de la ley 522 de 1999, e inconstitucionales los incisos segundos de los artículos 25 y 29 del mismo ordenamiento. Respecto del artículo 608, acusado, pide inhibición por ineptitud de la demanda. Los argumentos que expone para fundar su posición son los que se pasan a resumir.

– El establecimiento de una legislación especial que regule las conductas punibles en que pueden incurrir los miembros de la fuerza pública, tiene fundamento constitucional en los artículos 116, 213, 250 y 221 de la Carta Política.

– En relación con el artículo 3, señala que la prohibición de la desaparición forzada está consagrada en la Constitución (art. 12), y tal conducta ha sido proscrita en la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, elevándola a la categoría de delito no político para efectos de la extradición (arts. IV y V); tal Convención, aunque no ha sido ratificada por Colombia, sí fue suscrita por su representante diplomático ante la OEA. Añade que la inexistencia de un Tratado o Convenio ratificado por Colombia que la consagre no comporta la declaración de inexequibilidad del precepto demandado, porque tal conducta está expresamente prohibida por la Constitución. Además, en ese artículo no se está creando una nueva figura delictiva, "sólo se hace referencia a ella, con proyección al momento en que el legislador establezca el tipo penal de desaparición forzada."

– En cuanto a las conductas punibles que no pueden ser consideradas como relacionadas con el servicio, señala que basta remitirse a la sentencia C-358/97, en la que la Corte Constitucional ya resolvió el asunto planteado por el demandante. "La desaparición forzada, como delito relacionado con el servicio no se opone a la institución del fuero militar reconocido por la Constitución, cuyo campo de aplicación, ya se ha dicho, está plenamente

restringido”. En consecuencia, el artículo 3 acusado debe ser declarado exequible.

– Sobre los artículos 25 y 29, afirma que “el tratamiento que da la ley 522/99 a la tentativa difiere del contemplado en el artículo 23 del decreto 100/80, dado que este ordenamiento, como lo indica el censor, no regula la figura del desistimiento de la tentativa; sin embargo, esta circunstancia no genera per se una violación al principio de igualdad, dado que debe examinarse si tal regulación es válidamente justificada, por referirse a conductas atribuibles a miembros de la fuerza pública”.

– Desde otro punto de vista, considera el Procurador General que los incisos segundos de los preceptos legales citados son inconstitucionales, en cuanto exoneran de responsabilidad cuando la consumación no ha sido efectiva y eficazmente evitada por el autor o partícipe, sino que la tentativa se produce por circunstancias ajenas a su voluntad. No sucede lo mismo con los primeros incisos, puesto que la tentativa desistida que en ellos se consagra sí es exequible. En efecto: “la tentativa esencialmente se sanciona porque con su conducta, el autor o el partícipe colocan en peligro o lesionan parcialmente bienes jurídicos cuya protección corresponde al Estado y no por ser una manifestación de la voluntad de la persona, aunque no se niega la necesidad de que concurra dolo. Siendo así, resulta indiscutible que no se puede exonerar de sanción al autor o partícipe, simplemente por su benévola intención de evitar la consumación del hecho punible, dado que sus esfuerzos no tienen efectivamente ninguna incidencia en el fracaso de la consumación.”

– “Para que exista desistimiento se requiere que el agente tenga el control sobre la situación de peligro, de tal forma que la posibilidad de evitar la consumación esté en su propia decisión y no en circunstancias ajenas a su voluntad, por cuanto uno de los elementos del desistimiento es la revocación voluntaria del peligro. Además, sólo se puede desistir de una acción que todavía tiene una posibilidad de éxito (…) la exoneración punitiva de la tentativa sólo debe permitirse cuando se elimina el peligro para el bien jurídico mediante un acto voluntario e idóneo del autor o partícipe que intervienen en su ejecución y, en consecuencia, éste es quien impide su consumación. Aún más inexplicable es la exclusión de la punibilidad del delito ejecutado, cuando el partícipe que prestó colaboración inicial, voluntariamente hace esfuerzos inútiles para evitar su consumación 8inc. 2 art. 29 demandado). En tales eventos, estima el Ministerio Público, se está restando por completo importancia a la vulneración de un bien jurídico cuya protección es imperativa al Estado.”

– En lo que atañe a la acusación del artículo 32, afirma que no ofrece discusión la constitucionalidad de esa norma, pues una modalidad del concurso aparente de tipos penales es el delito continuado, y aunque no existe una norma análoga en el código penal, se han desarrollado criterios para determinar cuándo se está en presencia de un concurso aparente, con base en el artículo 26 de dicho ordenamiento, en aras de evitar una violación al principio del non bis in ídem. No hay mérito para considerar que el establecimiento legislativo de una de las formas de resolver el concurso aparente de tipos quebrante la Constitución; por el contrario, es prenda de garantía del principio antes citado.

Al regular el concurso de hechos punibles, la Ley 522/99 se limitó a reproducir, en su artículo 30, los parámetros fijados en el artículo 26 del decreto 100/80 sobre el concurso y la forma de tasar la punibilidad, por lo que no se puede argumentar un tratamiento diferente o desigual de la materia, como sostiene el demandante.

– En criterio del Procurador, el numeral 3 del artículo 71 acusado, también debe ser declarado exequible, pues el legislador goza de libertad en la regulación de los requisitos para conceder los beneficios y subrogados penales, con la única limitación de respetar los derechos y garantía individuales. Nada obliga al legislador a establecer beneficios de manera generalizada ante supuestos de hecho diferentes.

De otra parte, señala que “es obvio que si las infracciones a las cuales se ciñe la excepción demandada, tuvieran una pena mínima mayor a los tres años de prisión, la consagración de una excepción a la condena de ejecución condicional sería totalmente innecesaria; es justamente porque algunos de los comportamientos comprendidos allí objetivamente permitirían el otorgamiento del mencionado beneficio, que se hace necesaria la fijación de la excepción contenida en el numeral 3 del artículo 71, materia de impugnación.”

– En cuanto a los artículos 344 y 364, objeto de demanda, señala que no vulneran el ordenamiento superior porque el establecimiento de reglas de procedimiento diferentes a las consagradas en el Código Penal tiene fundamento en el artículo 221 de la Carta Política, según el cual los miembros de la Fuerza Pública serán investigados y juzgados conforme a un ordenamiento especial. Si bien el inciso segundo del artículo 344 señala un término de fijación de la notificación por estado distinto para los autos de sustanciación y los interlocutorios, no deja de garantizar la publicidad y contradicción de las decisiones

judiciales, y así materializa el principio del debido proceso (C.P. art. 29).

El inciso segundo del artículo 364, que establece la procedencia y trámite del recurso de hecho, y exige también la interposición del recurso de reposición contra la providencia que niega la apelación, tampoco riñe con la Constitución, pues, la fijación de procedimientos diversos no implica per se el desconocimiento del principio de igualdad; en materia de esta legislación penal especial, esa diversa regulación obedece a un mandato superior, y es el reconocimiento de la diferencia entre los destinatarios y las conductas típicas a investigar en una y otra jurisdicción; además, en su favor obra la libertad de regulación del legislador en materia procesal.

– Sobre la acusación contra el artículo 608, considera el Procurador General que hay ineptitud de la demanda, pues los cargos esgrimidos no permiten hacer un examen sobre su constitucionalidad y, en consecuencia, la Corte deberá declararse inhibida para emitir pronunciamiento alguno al respecto.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Corresponde a esta Corporación pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, pues ellas hacen parte de una ley de la República, y a la Corte Constitucional compete decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes (C.P. art. 241-4).

2. De los límites de la jurisdicción penal militar.

En el marco del ordenamiento constitucional colombiano, está reconocida y garantizada la libertad de las personas para optar por el comportamiento que consideren plausible en su relación con los demás, pero esa libertad de acción encuentra límites expresos en el mismo ordenamiento que la reconoce y garantiza, tales como los que establece en términos generales el artículo 6 de la Carta Política: “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Ahora bien: no cualquier autoridad puede válidamente inmiscuirse en la vida privada de las

personas y sus familias so pretexto de exigirles responsabilidad por las causas anotadas, pues las personas tienen derecho a que no las espíen, a que se les respete su intimidad personal y familiar; además, así lo prevé el ordenamiento del Estado Social de Derecho colombiano, pues por un lado, “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (C.P. art. 121), y por el otro, “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (C.P. art. 29).

Así, tanto el particular a quien se pretenda exigir responsabilidad por infringir la Constitución o las leyes, o el servidor público a quien se vaya a responsabilizar por la misma causa, o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, sólo podrán ser molestados en su persona o familia, reducidos a prisión o arresto, o detenidos, o su domicilio registrado, en los precisos términos del artículo 28 del Estatuto Superior; y sólo podrán ser juzgados “conforme a leyes preexistentes al acto que se le(s) imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio…” (C.P. art. 29).

Tratándose de servidores públicos, debe tenerse en cuenta que para algunos de ellos la Carta Política ha previsto fueros especiales, y el penal militar que ocupa la atención de la Corte en esta oportunidad, es uno de ellos. Efectivamente, el artículo 221 Superior inequívocamente establece que “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro” (Art. 1 del Acto Legislativo No. 02 de 1995). Y la Ley 522 de 1999, “por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”, precisamente se ocupa de desarrollar ese precepto constitucional, fijando el ámbito de aplicación de tal código en sus artículos 1° a 5°; transcribe en el primero de ellos el texto constitucional que establece el fuero militar, define los delitos relacionados y no relacionados con el servicio en los artículos segundo y tercero, reitera en el cuarto la composición excluyente de la Fuerza Pública en los términos del artículo 216 de la Constitución, y en el quinto reproduce la prohibición que contiene el último inciso del artículo 213 de la Carta Política, de que la justicia penal militar investigue o juzgue a los civiles.

Contra el artículo 3 de los mencionados, el demandante planteó dos cargos de

inconstitucionalidad, que la Corte pasa a examinar después de transcribir la norma acusada:

“Artículo 3. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados 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.”

A. Primer cargo.

Afirma el demandante que ese artículo es contrario a la Constitución, pues “la desaparición forzada no aparece en la legislación colombiana, porque el Estado colombiano no ha ratificado convenio ni tratado alguno al que se refiera esa conducta, por lo mismo se violenta el artículo 29 de la C.P., pues allí se dice que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute”.

Al respecto, debe señalarse inicialmente que la desaparición forzada sí aparece consagrada en el ordenamiento colombiano, y que sí hay instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano en los que se proscribe esa conducta. En efecto:

a. El artículo 12 de la Carta Política establece que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (subraya fuera del texto).

a. El nuevo Código Penal Colombiano que debe entrar a regir el 1° de enero de 2001, consagra como tipos penales: 1) el genocidio en el artículo 1011, 2) la desaparición forzada en el artículo 1652, y 3) la tortura en el artículo 1783.

b. El Gobierno colombiano sí ha ratificado varios instrumentos internacionales que proscriben la desaparición forzada y llaman a que los Estados Parte consagren como delito esa conducta en su legislación interna. En efecto, la Corte Constitucional consideró que tal conducta está

prohibida por el artículo 2° del “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)” hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo”,4 y por el artículo 75 del “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), instrumento que no improbó la Comisión Especial Legislativa el 4 de Septiembre de 1991…”5; baste citar para confirmarlo, un aparte de la sentencia C-225/95:

“En el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2º de la Constitución dispone que ‘en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario’. Esto significa que, como ya lo señaló esta Corporación, en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo ‘al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens.6’ Por consiguiente, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (ius cogens) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias per se en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas ‘consideraciones elementales de humanidad’, a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú. No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas ex-post facto” (subraya y negrilla fuera del texto).

Sin embargo, lo dicho no hace que el artículo 3° de la Ley 522 de 1999 sea inexequible, pues en tal norma el legislador no creó inadecuadamente un tipo penal; sólo hizo referencia a uno que, de acuerdo con los compromisos adquiridos por el Estado en virtud de la ratificación de los citados instrumentos internacionales debe consagrarse en la legislación interna, y a cuyo establecimiento atendió con la aprobación del artículo 165 del nuevo Código Penal antes citado; tal referencia, tiene el único efecto de señalar la exclusión de esa clase de conductas de las comprendidas por el fuero de los miembros de la Fuerza Pública, y esa consecuencia recoge la doctrina sentada por la Corte Constitucional en las sentencias C-574/92 y C-225/95 antes referidas.

B. Segundo Cargo.

Añadió el demandante que "…de conformidad con el artículo 1 de la C.P. que se refiere a que Colombia es un Estado de derecho, lo anterior significa que no se puede limitar a actos que no sean del servicio los tres mencionados, sino todos aquellos que lleven implícito un delito, por ejemplo un hurto, una violación carnal, una estafa, etc. Entonces es inconstitucional la limitación que hace la ley" en el artículo 3° de la Ley 522 de 1999.

Ha de aclararse al respecto que, en materia penal, la regla constitucional general es la jurisdicción penal ordinaria, y la excepción, la jurisdicción penal militar; para delimitar el ámbito de aplicación de esta última, se aplican los dos criterios concurrentes señalados en el artículo 221 de la Carta y desarrollados por la Ley 522 de 1999: el personal y el funcional. El criterio personal, desarrollado por los artículos 1°, 4° y 5° de dicha ley, indica que sólo sujetos calificados gozan de este fuero: de manera exclusiva, los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo; pero esa calidad no es, por sí sola, suficiente para optar de manera válida, cuando se trata de conocer de un asunto determinado, por la competencia excepcional de la jurisdicción especial; si así fuera, se configuraría un fuero meramente estamental contrario al ordenamiento constitucional vigente; por eso, el criterio personal debe concurrir con el criterio funcional, desarrollado en los artículos 2° y 3° de la ley citada, de acuerdo con los cuales, el fuero militar sólo opera para conocer y juzgar: a) aquellas conductas delictivas que sólo pueden ser cometidas en razón del servicio que prestan los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, por requerir esos tipos penales de sujetos activos calificados, como es el caso en los delitos del centinela, la insubordinación o la cobardía; y b) otras conductas delictivas que no requieren necesariamente de ese sujeto

activo calificado, pero que se relacionan con el servicio que prestan los miembros de las Fuerzas Armadas, pues constituyen omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones asignadas a esas instituciones.

Los delitos no relacionados con el servicio que enuncia el artículo 3° de la Ley 522 de 1999, especifican entonces los límites del criterio funcional derivados del ius cogens, más allá de los cuales no se puede extender el fuero militar sin violar la Constitución y el Derecho Internacional Humanitario; constituyen la excepción a un fuero que ya es excepcional, y precisamente garantizan el sometimiento del Estado de Derecho colombiano a los deberes que le imponen su naturaleza de Estado personalista basado en el respeto de la dignidad humana (C.P. preámbulo y art. 1), y sus compromisos con la comunidad internacional.

Ese carácter de excepciones a un régimen excepcional, que tienen los delitos no relacionados con el servicio, es el que parece no apreciar cabalmente el demandante en su segundo cargo contra el artículo 3°, pues si en esa norma se incluyeran, como insinúa el libelista, todos aquellos actos que lleven implícito un delito, simplemente se haría desaparecer el fuero militar, y toda la legislación destinada a aplicarlo sobraría, escamoteándose de esa manera lo previsto en el artículo 221 Superior. En la citada sentencia 358/97, la Corte Constitucional consideró:

“En los precisos términos de la Constitución Política, la jurisdicción penal militar conoce (1) de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, (2) siempre que ellos tengan ‘relación con el mismo servicio’. De esta manera, la misma Carta ha determinado los elementos centrales de la competencia excepcional de la justicia castrense, con lo cual limita el ámbito de acción del legislador en este campo y exige un más estricto control de constitucionalidad sobre él, pues, como bien se expresó en la Sentencia C-081/96 de esta Corporación, entre más definida se encuentre una institución por la Carta, menor será la libertad de configuración del Legislador sobre ella. Por ende, la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. La extensión de éste, por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela

judicial común7.

En esos términos, la Corte encuentra que el artículo 3° de la Ley 522 de 1999 no es contrario a la Carta Política, y lo declarará exequible.

3. Principio de igualdad y legislación especial.

En contra de los artículos 25, 29, 32, 71 numeral 3, 344 y 364, el demandante plantea el mismo cargo genérico: que ellos presuntamente vulneran el artículo 13 de la Carta Política, pues regulan instituciones que también contempla la legislación penal ordinaria, pero de manera que resulta demasiado favorable o gravosa para los destinatarios de la justicia penal militar. Para la consideración de estos asuntos, se agruparán las normas enumeradas en dos subgrupos: uno que estará compuesto por los artículos 25 y 29, y otro que agrupará las demás normas mencionadas (arts. 32, 71 numeral 3, 344 y 364).

A. Desistimiento.

En contra de los artículos 25 y 29 de la Ley 522 de 1999, el demandante plantea que el desistimiento del autor y los partícipes no está expresamente regulado en el Código Penal vigente (Decreto-ley 100 de 1980), y esos artículos del Código Penal Militar establecen que los militares quedarían exentos de responsabilidad, en situaciones en las que, por la realización de los mismos hechos, serían penados los particulares; de esa manera, afirma que resulta violado el principio de igualdad ante la ley. El texto de la normas acusadas es el siguiente:

“Artículo 25. Desistimiento. El que de manera libre y voluntaria abandone la ejecución del delito o impida su consumación, quedará exento de pena por el delito tentado.

“Si el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo, éste quedará exento de pena cuando voluntariamente haya efectuado los esfuerzos posibles para impedir su consumación.”

“Artículo 29. Desistimiento de partícipes. Cuando varias personas tomen parte en la ejecución de un delito tentado, quedará exento de pena quien de manera libre y voluntaria impida su consumación.

“Si el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del partícipe o se ejecuta independientemente de la colaboración inicialmente prestada por el, éste quedará exento de pena cuando voluntariamente haya efectuado los esfuerzos posibles para impedir su consumación.”

Ley 522 de 1999, “Artículo 24 – Tentativa. El que iniciare la ejecución del delito mediante actos que deberían producir su consumación, sin lograrla por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado”

Decreto-ley 100 de 1980, “Artículo 22.- Tentativa. El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado”

Nuevo Código Penal, “Artículo 27 – Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

“Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla”

En la comparación de esos textos legales, sea lo primero anotar que en ambos regímenes se descarta la tentativa inidónea8, pues los hechos que configuran esa clase de tentativa no son punibles en Colombia; en todos los casos, la punibilidad de la tentativa parte de la idoneidad de los medios, el objeto y el sujeto, pues el Derecho Penal nacional, de acuerdo con lo

establecido en el artículo 6 de la Carta Política, se toma en cuenta el hecho y no la peligrosidad del agente.

En cuanto hace a la tentativa simple, cuando la ejecución de la acción típica se interrumpe apenas iniciada, pues interviene un factor extraño al querer del agente que le impide a éste consumarla, es claro que el régimen punitivo es igual en la legislación penal militar y en la ordinaria, de acuerdo con los artículos 24 del Código Penal Militar, 22 del Decreto-ley 100 de 1980, e inciso primero del artículo 27 del nuevo Código Penal, antes transcritos. Por tanto, no hay posibilidad alguna de que el legislador haya incurrido en violación del principio de igualdad en este aspecto.

Sobre la tentativa acabada, también llamada delito frustrado, que se presenta cuando el agente, a pesar de ejecutar los hechos objetivamente necesarios para la consumación no logra producir el resultado debido a circunstancias ajenas a su voluntad, hay que anotar que ni la legislación ordinaria ni la penal militar la consagran como una modalidad independiente; en el marco del Decreto-ley 100 de 1980, que no alude a ella, el asunto queda reducido a que la pena debe ser tasada incluyendo el posible desistimiento entre los factores a tener en cuenta, porque tampoco esta última figura fue regulada en la parte general del Código Penal vigente.

En cambio, tanto la Ley 522 de 1999 -en los dos artículos considerados en este aparte-, como el nuevo Código Penal en el inciso segundo del artículo 27, contemplan el desistimiento en la parte general; la comparación de los correspondientes textos, lleva a confrontar las siguientes hipótesis:

– En el nuevo Código Penal:

a. Si la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas al autor, pero éste ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla, la pena aplicable será menor (no menos de 1/3 ni más de 2/3), que la que le correspondería si no hubiera desistido del delito tentado;

b. Si la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas al partícipe, pero éste ha

realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla, la pena aplicable será menor (no menor de 1/3 ni mayor de 2/3), de la que le correspondería si no hubiera desistido del delito tentado.

– En la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar:

1. Si el autor abandona la ejecución del delito quedará exento de pena por el delito tentado;

2. Si el autor impide la consumación del delito quedará exento de pena por el delito tentado;

3. Si la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas al autor, pero éste ha realizado todos los esfuerzos posibles para impedirla, quedará exento de pena;

4. Si el partícipe impide la consumación del delito, quedará exento de pena;

5. Si la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas al partícipe, pero éste ha realizado todos los esfuerzos posibles para impedirla, quedará exento de pena;

6. Si el delito se consuma independientemente de la colaboración inicial del partícipe que desiste, y éste ha realizado todos los esfuerzos posibles para impedirlo, quedará exento de pena.

De la comparación de esas hipótesis legislativas, salta a la vista que el antecedente normativo contemplado en el literal a) es igual al del numeral 3), pero la consecuencia es distinta; al particular se le impondrá una pena no menor de 1/3 ni mayor de 2/3 de la que le correspondería si no hubiera desistido del delito tentado, mientras que el miembro de la Fuerza Pública quedaría exento de pena. Igual disparidad de consecuencias normativas, frente a la identidad de los antecedentes, se encuentra al confrontar el literal b) con el numeral 5) que aluden a los partícipes. Además, en el numeral 6) se incluye como parte del antecedente normativo la consumación de la conducta punible, y se consagra como consecuencia normativa del desistimiento del partícipe, la exención de pena, contrastando esa regulación de la jurisdicción penal militar con la que prevé el Decreto 100 de 1980, pues

en caso de consumarse el delito, el partícipe no resultaría exento de pena por haber desistido después de haber prestado su colaboración en la ejecución del ilícito.

Así, es claro que en los incisos segundos de los artículos 25 y 29 de la Ley 522 de 1999, el legislador exoneró de pena al autor y los partícipes de una conducta punible desistida, cuando en la legislación penal ordinaria, tanto el autor como los partícipes que se encuentran en idéntica situación son sancionados con una pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada; tal clase de diferencia viola el derecho a la igualdad ante la ley, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-445/98,9 al ocuparse de la regulación del peculado por apropiación en la legislación penal militar y en la penal ordinaria; en esa oportunidad se precisó:

"… una conducta que, en líneas generales es descrita en iguales términos por ambos códigos, por virtud de la modificación contemplada en el artículo 19 de la ley 190 de 1995 es sancionada con mayor rigor en el código penal común que en el código penal militar. 'Justamente, cuando ocurren desfases normativos entre los dos regímenes, ya sea porque la copia pierde actualidad a raíz de ulteriores reformas legales producidas en la legislación ordinaria, o simplemente en razón de que el delito común se sanciona de manera diversa en el Código Penal Militar, se suscita un problema de igualdad que debe ser puntualmente esclarecido por la jurisdicción constitucional'. 'Si bajo los aspectos relevantes, las dos situaciones son iguales, el tratamiento diferenciado es inaceptable' y, por lo tanto, 'la Corte concluye que en relación con los delitos comunes contemplados en el Código Penal Militar, éste no puede, sin violar el principio de igualdad en materia punitiva, imponer penas principales inferiores a las previstas en la legislación penal ordinaria'

De esta manera, concuerda la Corte en este análisis con el concepto rendido por el señor Procurador, y resulta claro que los incisos segundos de los artículos 25 y 29 de la Ley 522 de 1999 violan el artículo 13 de la Carta Política, por lo que serán declarados inexequibles.

En cuanto hace a los incisos primeros de los artículos 25 y 29 de la Ley 522 de 1999, serán declarados exequibles, pero bajo el entendido de que en todo caso, el delito remanente será punible, pues de otra manera, tras el expediente de consagrar un dispositivo amplificador, se estarían dejando sin protección los bienes jurídicos para cuya garantía el mismo legislador

considera plenamente justificado usar el poder punitivo del Estado. Al respecto, la Corte Constitucional consideró en la sentencia C-285/97:10

“En un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera”

De acuerdo con esa doctrina, no sería de recibo que si el agente desiste, por ejemplo de la comisión de un homicidio, quede exento de toda pena, aunque haya ocasionado graves lesiones a quien intentaba matar.

En este aparte se reúnen los análisis de las diferencias entre la legislación penal ordinaria y la penal militar, en lo que hace al concurso de delitos, la suspensión de la ejecución de la condena, la notificación por estado, y el recurso de hecho, para considerar si tales diferencias constituyen otras tantas violaciones al derecho a la igualdad.

1. Delito continuado.

El artículo demandado, 32 de la Ley 522 de 1999, dice:

“Artículo 32. Hecho punible unitario o continuado. Cuando la ejecución del hecho punible se fragmente en varias acciones u omisiones se tendrá como un hecho punible unitario.”

El Código Penal vigente, Decreto-ley 100 de 1980, no contiene una norma especial para el delito continuado, por lo que el actor compara la norma demandada, con su artículo 26:

“Artículo 26.- Concurso de hechos punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto”

El nuevo Código Penal tampoco regula específicamente el delito continuado, y establece, respecto del concurso de delitos:

“ARTICULO 31 – Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

“En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años.

“Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrente con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

“Parágrafo. En los eventos de los delitos continuado y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”

Para analizar si el artículo 32 de la Ley 522 de 1999 viola el derecho a la igualdad, debe tenerse en cuenta que el régimen general para el concurso de hechos punibles consagrado en el Capítulo IV de esa ley, es similar a los que se encuentran en el Decreto-ley 100 de 1980 y en el nuevo Código Penal; en efecto, si se comparan los artículos 26 y 31 de estos últimos estatutos con el artículo 30 de la Ley 522 de 1999, se encuentra que concuerdan. Dice está última norma:

“Artículo 30.- Concurso de hechos punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave imponible, aumentada

hasta en otro tanto, cualquiera que sea la naturaleza del concurso”

El artículo 32, entonces, no tiene por objeto establecer un trato distinto -y más favorable- para el concurso de hechos punibles, sino aclarar que el delito continuado (aquél en el cual la ejecución de un único designio delictivo se lleva a cabo con la realización de varios actos separados en el tiempo pero unívocamente dirigidos a agotar el mismo propósito), no es una especie de concurso de hechos punibles, sino un solo “hecho punible unitario o continuado” y, por tanto, que debe ser penado como tal. También en el marco de la legislación penal ordinaria, aunque ni el Decreto 100 de 1980, ni el nuevo Código Penal contemplan específicamente el delito continuado, debe entenderse que en los casos en que se presente esta modalidad, debe ser reconocida como un hecho unitario, y sancionada de acuerdo con los parámetros ordinarios de dosificación de la pena, por lo que no hay diferencia al respecto entre ambas jurisdicciones. Aclarado esto, resulta que no asiste razón al cargo planteado por el actor, y el artículo 32 de la Ley 522 de 1999 será declarado exequible.

2) Condena de ejecución condicional.

La norma parcialmente demandada, artículo 71 de la Ley 522 de 1999, dice:

“Artículo 71. Concepto. En la sentencia condenatoria de primera, segunda o de única instancia, el Juez podrá, de oficio o a petición de interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

“1. Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres (3) años de prisión.

“2. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario.

“3. Que no se trate de delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria.”

El Código Penal vigente, Decreto-ley 100 de 1980, establece:

“Artículo 68.- Modificado D. 141/80m art. 1. Concepto. En la sentencia condenatoria de

primera, segunda o de única instancia, el juez podrá, de oficio o a petición de interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

2. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario"

Y el nuevo Código Penal regula la materia de la siguiente manera:

"ARTICULO 63- Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición de interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

"1.- Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.

"2.- Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

"La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

"El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento"

Al respecto debe señalarse que ya la Corte Constitucional se había ocupado de la comparación de esos regímenes relativos a la condena de ejecución condicional en la legislación penal ordinaria y en la penal militar, con ocasión de la demanda dirigida contra la inclusión del peculado en el artículo 63 del anterior Código Penal Militar, como excluyente del beneficio de ejecución condicional; efectivamente, en la citada sentencia C-445/98,11 consideró esta Corporación que, tratándose de conductas punibles incorporadas a la legislación penal militar, que no están consagradas en la legislación ordinaria como delitos, falta el término de comparación, y no es posible concluír que se viola el derecho de igualdad cuando se excluyen esos casos del beneficio de la ejecución condicional; sobre el punto, es

ilustrativo el siguiente aparte:

“El examen sobre la procedencia del beneficio de la condena de ejecución condicional tropieza en este evento con algunas dificultades que no se evidenciaron al analizar los otros tipos penales. En efecto, no se cuenta en el código penal común con una conducta que cabalmente corresponda a la establecida en el código penal militar y, siendo así, falta el término de comparación que hasta aquí ha servido para apreciar si se vulnera o no el principio de igualdad, lo cual puede llevar a sugerir que no hay comparación posible y que, por ende, la exclusión del subrogado de la condena de ejecución condicional se encuentra plenamente justificada tratándose del delito de peculado sobre bienes de dotación.

Así, debe concluírse que el legislador no violó el derecho a la igualdad en este caso, y que el inciso 3 del artículo 71 de la Ley 522 de 1999, todo lo que hace es desestimular la comisión de delitos propios de los miembros de la Fuerza Pública, que atentan contra bienes jurídicos especialmente valorados, por lo cual procede declarar que el inciso demandado es exequible.

3) Notificación por estado.

La norma demandada, artículo 344 de la Ley 522 de 1999, dice:

“Artículo 344. Notificaciones por estado. Los demás autos se notificarán por medio de anotaciones en estado los cuales elaborará el secretario. La inserción en el estado, igualmente se hará pasados dos (2) días de la fecha del auto y en ella debe constar:

“1. La indicación del proceso.

“2. La identificación del procesado. Si fueren varios procesados bastará la designación del primero de ellos añadiendo la expresión ‘y otros’.

“3. La fecha del auto y el cuaderno y folio en que se halla.

“4. La fecha del estado y la firma del secretario.

“El estado se fijará en un lugar visible de la secretaría y permanecerá allí durante las horas

de trabajo del respectivo día, si es auto de sustanciación; si es auto interlocutorio durará fijado durante las horas de trabajo del día respectivo y del día siguiente”

A su vez, el Código de Procedimiento Penal (D. 2700 de 1991 y Ley 81 de 1993), regula la materia así:

“Artículo 190.- Modificado L. 81/93, art. 25. Notificación por estado. Cuando no fuere posible la notificación personal a los sujetos procesales diferentes a los mencionados en el artículo 188 de este código, se hará la notificación por estado que se fijará tres días después, contados a partir de la fecha en que se haya realizado la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente. El estado se fijará por el término de un día en secretaría y se dejará constancia de la fijación y desfijación”

De la comparación de ambos textos, se concluye que las únicas diferencias consisten en: a) que el estado se fijará dos (2) días después de la diligencia en la jurisdicción penal militar, y tres (3) en la ordinaria; y b) que los autos interlocutorios serán fijados por dos (2) días en la jurisdicción penal militar, y sólo uno (1) en la ordinaria. Para valorar si esas diferencias pueden constituir una violación al derecho de igualdad, vale la pena traer a colación la regla secundaria sentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-358/97:12

“La Constitución no establece que las normas procesales del Código Penal Militar deban ser idénticas a las del Código de Procedimiento Penal. Si las disposiciones de la legislación especial garantizan el debido proceso y se sujetan a la Constitución Política, en principio, no son de recibo las glosas que se fundamenten exclusivamente en sus diferencias en relación con las normas ordinarias, salvo que éstas carezcan de justificación alguna. La Constitución ha impuesto directamente una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común. Por consiguiente, el sustento de una pretendida desigualdad no podrá basarse en la mera disparidad de los textos normativos. Lo anterior no significa que toda diferencia adquiera validez por el simple hecho de que se inserta en una norma especial”

4) Recurso de hecho.

La norma demandada, artículo 364 de la Ley 522 de 1999, dice:

“Artículo 364. Procedencia y trámite. Siempre que se deniegue el recurso de apelación,

puede la parte agraviada recurrir de hecho al superior.

“El que pretenda recurrir de hecho, pide reposición del auto que deniega la apelación, y en subsidio, copia de la providencia apelada, de las diligencias, de su notificación y del auto que deniegue la apelación.

“El secretario las expide anotando la fecha en que las entrega al solicitante.

“Para admitir el recurso de hecho, se requiere que la apelación sea procedente conforme a la ley, que haya sido interpuesta en tiempo y que en tiempo también se haya pedido la reposición e interpuesto éste.”

El Código de Procedimiento Penal (D. 2700 de 1991 y Ley 81 de 1993), establece al respecto:

“Artículo 207.- Procedencia del recurso de hecho. Cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de hecho, dentro del término de ejecutoria del auto que deniega el recurso.

“El mismo recurso procede contra la providencia que deniegue el de casación”

La diferencia entre estas dos normas, se reduce a la necesidad de interponer el recurso de reposición en contra del auto por medio del cual se denegó el de apelación en la jurisdicción penal militar, para que proceda el recurso de hecho; en la jurisdicción común, no es necesario.

Al respecto, vale aplicar la misma regla secundaria contenida en la sentencia C-358/97 y transcrita en el aparte anterior, para concluir que ni se priva a las partes de una posibilidad de ejercer sus derechos, ni se les impone una carga desproporcionada, ni se afecta la marcha del proceso con la diferencia de trámite que introduce la norma demandada para la jurisdicción penal militar, y por tanto no encuentra la Corte razón por la cual sea atendible el cargo planteado por el actor; en consecuencia, se declarará exequible el inciso segundo del artículo 364 demandado.

1. Vigencia de la ley.

Sobre el artículo 608 de la Ley 522 de 1999, afirma el demandante que “si bien es cierto en la Constitución no existe norma alguna que se refiera a la vigencia de las leyes, lo que si no tiene sentido en un Estado de derecho es que se condicione su vigencia a dos hechos, a saber: un tiempo y un hecho incierto. Lo que puede hacer nugatoria su vigencia, por la segunda circunstancia”. El texto así acusado es del siguiente tenor:

“Artículo 608. Vigencia. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, la presente ley regirá un (1) año después de su expedición, siempre y cuando se halle en vigencia la respectiva ley estatutaria que define la estructura de la Administración de la Justicia Penal Militar.”

En cuanto hace a este artículo, la Corte encuentra que es exequible la primera parte del mismo que dice: “Vigencia. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, la presente ley regirá un (1) año después de su expedición…”; y esto, por cuanto definir cuándo empieza a regir una ley, es en principio una atribución del legislador, que bien puede no establecer una fecha cierta y dejar el asunto a lo ya dispuesto de manera general, o determinar una fecha distinta a la de la expedición, como lo hizo en esa parte inicial.

Pero es diferente el juicio que merece a esta Corporación el resto de ese texto: “…siempre y cuando se halle en vigencia la respectiva ley estatutaria que define la estructura de la Administración de la Justicia Penal Militar”. Esta parte del artículo 608 de la Ley 522 de 1999, será declarada inexequible, pues en el ordenamiento constitucional colombiano no hay más leyes estatutarias que las taxativamente enunciadas en el artículo 152 de la Carta Política; de esta norma se desprende que hay una ley estatutaria de la administración de justicia -Ley 270 de 1996-, pero en el texto que se examina se hace alusión a otra específica ley estatutaria, la que “definiría la estructura de la Administración de la Justicia Penal Militar”, que no está contemplada en el aludido artículo Superior; en consecuencia, resulta contrario a la Constitución que se condicione la entrada en vigencia de la Ley 522 de 1999, a la de una ley estatutaria que no se puede expedir sin violar el artículo 152 Superior. Lo anterior no obsta para que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia sea adicionada, incluso en materia penal militar.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. Declarar exequible el artículo 3° de la Ley 522 de 1999.

Segundo. Declarar exequible el inciso primero del artículo 25 de la Ley 522 de 1999, pero bajo el entendido de que en todo caso, el delito remanente será punible.

Declarar inexequible el inciso segundo del artículo 25 de la Ley 522 de 1999.

Tercero. Declarar exequible el inciso primero del artículo 29 de la Ley 522 de 1999, pero bajo el entendido de que en todo caso, el delito remanente será punible.

Declarar inexequible el inciso segundo del artículo 29 de la Ley 522 de 1999.

Cuarto. Declarar exequibles los artículos 32, 71 numeral 3, 344 y 364 de la Ley 522 de 1999.

Quinto. Declarar exequible la parte del artículo 608 que dice: ” Artículo 608. Vigencia. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, la presente ley regirá un (1) año después de su expedición…”; y declara inexequible el resto de ese texto (“… siempre y cuando se halle en vigencia la respectiva ley estatutaria que define la estructura de la Administración de la Justicia Penal Militar”).

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-368/00

LEY ESTATUTARIA-Adición o reforma por otra ley estatutaria (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente D-2546

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 25, 29, 32, 71, 344, 364 y 608 de la Ley 522 de 1999 – “por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”-

Magistrado Ponente:

Con todo respeto discrepo de la sentencia en lo que respecta a la decisión de inexequibilidad contenida en el numeral quinto de la parte resolutiva. Los argumentos de la sentencia son contradictorios. De una parte se acepta que la ley estatutaria de la administración de justicia, pueda ser adicionada, "incluso en materia penal militar", pero de otra parte se cuestiona que mediante una ley estatutaria específica se defina la estructura de la administración de la Justicia Penal Militar. Una ley estatutaria puede ser adicionada o reformada por otra ley estatutaria referida a la misma materia, lo que se verifica perfectamente en este caso, dado que el tema de la aludida ley estatutaria no es otro distinto que el de la administración de justicia, en el campo penal militar. Además de contradictoria, la sentencia resulta excesivamente formalista. Si la ley estatutaria de la administración de justicia, como se reconoce, puede ser adicionada en materia penal militar, ello sólo puede ser llevado a cabo mediante una ley estatutaria que "defina la estructura de la administración de la justicia penal militar".

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

1 ARTICULO 101 – Genocidio. El que con el propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de miembros del grupo incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2000) a diez mil (10000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1000) a diez mil (10000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo;

2. Embarazo forzado;

3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

2 ARTICULO 165.- Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1000) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

3 ARTICULO 178 – Tortura. El que inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ocho a quince años, multa de ochocientos (800) a dos mil (2000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas.

4 Sentencia C-225/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero

5 Sentencia C-574/92 M.P. Ciro Angarita Barón

6 Sentencia C-574/92. M.P Ciro Angarita Barón.

7 Diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han reiterado que el fuero penal militar tiene carácter excepcional y restringido. Al respecto ver, entre otras, las siguientes providencias de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 4 de octubre de 1971, M.P. Eustorgio Sarria, Gaceta Judicial CXXXVIII, p. 408; auto del 22 de septiembre de 1989, M.P. Edgar Saavedra, proceso 4065; sentencia del 14 de diciembre de 1992, M.P. Dídimo Páez, proceso 6750; sentencia del 7 de julio de 1993, M.P. Gustavo Gómez, proceso 7187; sentencia del 26 de marzo de 1996, M.P. Jorge Córdoba, proceso 8827. Entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional ver el auto 012 de 1994, M.P. Jorge Arango, y las sentencias C-399 de 1995 y C-17 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

8 Sea la conocida como “delito imposible”, o la denominada irreal, supersticiosa o imaginaria.

9 M.P. Fabio Morón Díaz

10 M.P. Carlos Gaviria Díaz

11 M.P. Fabio Morón Díaz

12 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz