

Sentencia C-373/11

FISCALES DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR-No tienen que ser miembros de la fuerza pública

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Inexistencia

NORMAS SOBRE REQUISITOS PARA EL DESEMPEÑO DE CARGOS EN LA JURISDICCION PENAL MILITAR-Contenido

CONTROL CONSTITUCIONAL POR OMISION LEGISLATIVA-Jurisprudencia constitucional

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Importancia/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE  
OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Condiciones/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE  
OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Elementos esenciales que deben concurrir para su  
procedencia

La Corte ha resaltado la importancia del control sobre las omisiones legislativas relativas, para asegurar la efectividad de la guarda de la integridad de la Constitución que se le ha encomendado, ya que de esta forma, sin afectar la autonomía del órgano legislativo que ya ha decidido ocuparse de una determinada materia, dentro de su facultad de configuración, se garantiza que las normas así emanadas del representante de la voluntad general no ignore los criterios y deberes mínimos, que por decisión del constituyente deben atenderse en relación con el tema de que se trate. Ahora bien, pese a que lo más frecuente es que las omisiones legislativas relativas se traduzcan en una situación discriminatoria y, por lo mismo, en vulneración del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha aclarado que este no es el único escenario en el que aquéllas pueden plantearse, siendo posible observar situaciones en las que el precepto ignora algún otro tipo de elemento normativo, que conforme a la norma superior es imperativo regular. Dentro de esas exigencias constitucionales pueden mencionarse la de incorporar determinados objetivos al momento de regular una materia, incluir ciertas etapas esenciales en la regulación de un procedimiento, brindar instancias de participación a algunos sujetos específicos previamente a la decisión sobre temas que pueden afectarlos, y otras semejantes. En sus decisiones sobre posibles omisiones legislativas relativas, la Corte se ha referido a las circunstancias que deben concurrir para que esta situación pueda tenerse por acreditada. Así, al sintetizar su doctrina a este respecto, ha planteado la necesidad de constatar la presencia de cinco elementos esenciales,

a saber (C-185 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil): “(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.”

FUERO PENAL MILITAR-Contenido y alcance

CONSTITUCION POLITICA Y EXISTENCIA DE UN CODIGO PENAL MILITAR-Constituyen el sustento legítimo del fuero/JUSTICIA PENAL MILITAR-Corresponde a un modelo intermedio, que se fundamenta en el reconocimiento de una investidura y la existencia de una jurisdicción independiente

La Corte Constitucional ha indicado que en la carta política y en la existencia de un Código Penal Militar, halla “sustento legítimo” el fuero penal militar, correspondiendo en Colombia la justicia respectiva a un modelo tildado de “intermedio”, que se fundamenta en el reconocimiento de una investidura especial y una jurisdicción independiente, que se explica a partir de “las claras diferencias que existen entre los deberes y responsabilidades que tienen los ciudadanos y los que están llamados a asumir los miembros de la fuerza pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función especial, exclusiva y excluyente: el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a unas reglas especiales propias de la actividad militar.

JUSTICIA PENAL MILITAR-Jurisprudencia constitucional

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

Constitucionalmente se ha considerado que el fuero penal militar se establece como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, excluyendo del conocimiento

de ésta ciertas conductas punibles en que puedan incurrir miembros de la fuerza pública. Por lo tanto, como se señaló en la sentencia C-399 de septiembre 7 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, sus alcances deben ser determinados en forma “estricta y rigurosa”, como quiera que, de acuerdo con la hermenéutica constitucional, las excepciones, para evitar que se conviertan en regla general, deben ser interpretadas de forma restrictiva, resultando también ostensible que la justicia penal militar, “aun cuando se presenta como una jurisdicción específica, está sometida a la Constitución... (CP arts. 1º, 2º, 123 y 124)”. No está de más reiterar que el artículo 221 de la Carta señala que el fuero militar abarca los delitos cometidos por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, en relación directa con el mismo servicio, de forma que tal fuero está constituido, primero, por un elemento subjetivo (que el delito sea cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo), y el segundo funcional (que la acción u omisión guarde relación inalienable con el mismo servicio). De lo anterior se desprende que la razón de ser de este régimen penal especial, radica “de una parte, en las reglas de conducta particulares a que se encuentran subordinados los miembros de la fuerza pública y, de otra, en la estrecha relación que existe entre esas reglas particulares de comportamiento, el uso de la fuerza y la especial índole de las conductas que les son imputables”, circunstancias que justifican la configuración de una jurisdicción específica en el ámbito exclusivo de la fuerza pública.

MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA-No todo acto u omisión puede quedar comprendido dentro del fuero

Es relevante considerar que del propio artículo 221 superior, en su integración con toda la preceptiva constitucional, se colige que “la totalidad de los actos u omisiones” de los miembros de la fuerza pública no puede quedar comprendida dentro del fuero, distinguiéndose los comportamientos que realicen o dejen de realizar como miembros activos de los cuerpos militares o policial, en directa relación con el servicio propiamente tal, de las que corresponden a su actividad común de integrantes de la colectividad, o a excesos en la labor pretendidamente oficial, al ser “una distinción básica y obligada si se quiere preservar la especialidad del derecho penal militar”, según se lee en la misma sentencia acabada de citar.

FUERO PENAL MILITAR-La finalidad es diferente del fuero de los miembros del Congreso de la República/FUERO PENAL MILITAR-El delito debe tener relación directa y próxima con la

función militar o policiva/FUERO PENAL MILITAR-Obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental

A diferencia de la finalidad del fuero de los miembros del Congreso de la República, que busca “constituir un privilegio protector de la investidura, y asegurar al máximo la independencia en el juicio”, “no puede entenderse el fuero militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia”. Así, partiendo de la obvia premisa de que, en un Estado Social de Derecho, las funciones militares y policivas están también sujetas al principio de legalidad, las acciones de sus miembros son legítimas siempre que se adelanten conforme a la Constitución y a la ley, de modo que dentro del marco legal aplicable, tienen mayor relevancia las actuaciones contenidas en el Código Penal Militar, al imponer deberes de acción y de abstención, excluyendo comportamientos reprochables, que denotan desviación respecto de los objetivos y/o de los medios legítimos. De este modo, se establece que la exigencia, para la concreción del fuero, de que los comportamientos tengan relación directa con una legítima misión o tarea militar o policiva, “obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental”.

REQUISITOS PARA EL DESEMPEÑO DE CARGOS EN LA JURISDICCION PENAL MILITAR-Justificación de trato diferenciado

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS TRIBUNALES MILITARES-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

JURISDICCION PENAL MILITAR-Conoce de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, en tanto hayan sido perpetrados en directa relación con el mismo servicio

JUEZ PENAL MILITAR-Debe ser competente, independiente e imparcial

JURISDICCION PENAL MILITAR-Los funcionarios deben ser cuidadosamente seleccionados y respetados en sus decisiones

JURISDICCION PENAL MILITAR-Trato diferenciado para acceder a algunos cargos/JURISDICCION PENAL MILITAR-Requisitos para acceder al cargo de Magistrado no son los mismos que para el cargo de Fiscal

COSA JUZGADA MATERIAL-Elementos para determinación

Para determinar la presencia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional material, es preciso examinar los siguientes elementos: i) Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable; ii) que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca, en cuanto el contenido material del texto demandado sea igual a aquel que fue declarado inexecutable. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos, como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción; iii) que el texto de referencia anteriormente juzgado, con el cual se compara la reproducción, haya sido declarado inconstitucional por razones de fondo, lo cual significa que la ratio decidendi de la inexecutableidad no debe haber reposado en un vicio de forma; iv) Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte, sobre el cual se declaró la inexecutableidad. Así las cosas, cuando estos elementos concurren, hay lugar a declarar cosa juzgada material y, por consiguiente, la norma reproducida correrá igual suerte de inexecutableidad, por desconocimiento de lo determinado en el inciso 2° del artículo 243 superior, disposición que elimina la competencia del legislador para expedir una disposición que ha sido declarada contraria a la Constitución.

Referencia: expediente D-8264

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4°, 7°, 10°, 12 y 13 (todos parcialmente) de la Ley 940 de 2005, "Por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar"

Demandante: Yesid Rojas Neira

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil once (2011).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 241 y 242 de la carta política, el ciudadano Yesid Rojas Neira presentó ante esta corporación demanda de inconstitucionalidad contra segmentos de los artículos 4°, 7°, 10°, 12 y 13 (todos parcialmente) de la Ley 940 de 2005, “por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar”.

Mediante auto de septiembre 20 de 2010, el Magistrado sustanciador admitió la demanda y ordenó la fijación en lista, al tiempo que dispuso dar traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto y comunicó la iniciación del asunto al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al igual que a los Ministros del Interior y de Justicia y de Defensa Nacional.

También se ordenó comunicar la iniciación del asunto a los Presidentes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y del Tribunal Superior Militar, al igual que al Fiscal General de la Nación y al Coordinador de la Unidad de Fiscales ante el Tribunal Superior Militar.

Así mismo, se invitó a la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a las facultades de derecho de las Universidades Javeriana, de los Andes, Externado

de Colombia, Industrial de Santander, de Antioquia, del Rosario, Santo Tomás, Nacional de Colombia y Militar Nueva Granada, al igual que a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Federación Nacional de Colegios de Jueces y Fiscales, a la Comisión Colombiana de Juristas, y a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para que si lo estimaban pertinente intervinieran dentro del presente proceso, expresando su criterio sobre la exequibilidad de la norma en torno a la cual se aceptó la demanda.

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

## II. NORMA DEMANDADA.

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

“LEY 940 DE 2005

(enero 5)

Diario Oficial 45.783 de 6 de enero de 2005

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

... ..

CAPITULO II.

REQUISITOS GENERALES.

ARTÍCULO 4o. REQUISITOS GENERALES. Para acceder a los cargos de Magistrados del Tribunal Superior Militar, Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar, Juez de primera instancia Penal Militar, Fiscal Penal Militar ante los juzgados de primera instancia, Auditor de

Guerra y juez de instrucción penal militar, se requiere:

- a) Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio;
- b) Tener título de Abogado otorgado por universidad oficialmente reconocida;
- c) Tener especialización en derecho penal, ciencias penales o criminológicas o criminalísticas, o en derecho constitucional, o en derecho probatorio, o en derecho procesal;
- d) Gozar de reconocido prestigio profesional y personal.

PARÁGRAFO. Será inhabilidad para ocupar uno cualquiera de los cargos de la justicia penal militar descritos en el presente artículo, haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos culposos.

... ..

### CAPITULO III.

DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y FISCALES PENALES MILITARES ANTE EL MISMO TRIBUNAL.

... ..

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

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

... ..

### CAPITULO V.

DE LOS FISCALES PENALES MILITARES ANTE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA.

ARTÍCULO 10. FISCALES PENALES MILITARES ANTE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA. Para desempeñar el cargo de Fiscal Penal Militar ante los Juzgados de Primera Instancia se requiere además de los requisitos generales consignados en el artículo 4o de la presente ley, acreditar la experiencia señalada para el cargo.

... ..

## CAPITULO VII.

### DE LOS JUECES DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR.

ARTÍCULO 12. JUEZ DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR. Para desempeñar el cargo de Juez de Instrucción Penal Militar, se requiere, además de los requisitos generales consignados en el artículo 4o de la presente ley, acreditar una experiencia profesional mínima de dos (2) años, o haber desempeñado empleos en la Justicia Penal Militar por tiempo no inferior a cinco (5) años.

## CAPITULO VIII.

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

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

## III. LA DEMANDA.

El actor considera que los segmentos acusados de los artículos 4°, 7°, 10° y 12 y el inciso 2° del artículo 13 de la Ley 940 de 2005, “por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar”, contrarían los artículos 221 y 243 de la

Constitución, por razones que pueden ser resumidas así:

3.1. El artículo 4° de la Ley 940 de 2005, señala los requisitos generales para acceder a los cargos de Magistrados del Tribunal Superior Militar, Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar, Juez de Primera Instancia Penal Militar, Fiscal Penal Militar ante los Juzgados de Primera Instancia, Auditor de Guerra y Juez de Instrucción Penal Militar, habiendo dejado por fuera el principal requisito de “ser oficiales en servicio activo o en retiro de las Fuerzas Militares”, con lo cual considera se configura una omisión legislativa relativa por parte del legislador, debido a que se trata de un requisito indispensable para acceder a tales cargos.

Por otra parte, sobre el inciso 2° del artículo 13, que también anuncia como demandado, solo efectúa transcripción del texto atacado, intercalando referencias a otros artículos, para pedir finalmente, como frente a las demás disposiciones, se “declare parcialmente la omisión legislativa relativa y de ahí la inconstitucionalidad del inciso primero (sic) del artículo 13 de la Ley 940 de 2005, el cual dice...”.

3.2. A partir de lo anterior, aduce que se trata de una actuación imperfecta por parte del legislador, que contraría de manera específica y concreta el ordenamiento constitucional, vulnerando las garantías que se le brindan a los acusados para que estos sean investigados y juzgados por sus pares.

Con base en lo cual, plantea que el texto acusado va en contravía del “Artículo 221 de la Constitución Nacional, y del Acto Legislativo No. 002 de 1995, (modificatorio de ese artículo) que determina el Fuero Penal Militar, y el juzgamiento de miembros de la Fuerza Pública por sus pares, (Fuerza Pública en servicio activo o en retiro como JUECES) quienes conocen a ciencia cierta por su estudio y experiencia el ámbito, los procedimientos, reglamentos y ordenamientos en que se desenvuelven quienes integran las Fuerzas Militares y de Policía en el cumplimiento de su misión Constitucional”.

3.3. Así mismo, argumenta que el artículo 243 superior, está siendo infringido puesto que “la Corte al ejercer su función constitucional ha dejado en claro que los miembros de la Fuerza Pública en actividad o en retiro son los llamados a conformar la justicia penal militar”, por tal razón, “el requisito ineludible para integrar la jurisdicción penal militar es un requisito sin

ecuanum (sic) el ser militar, y no solo ello sino ser oficial en actividad o en retiro de la fuerza pública, de acuerdo a las partes resolutivas de las sentencias C-676 de 2001, C-710 de 2002, C-457 de 2002 y en especial la sentencia C-171 de 2004”, de tal manera, considera que existe “cosa juzgada constitucional de manera explícita e implícita”.

A partir de estas consideraciones, solicita a esta corporación que de conformidad con lo afirmado se declare “la omisión legislativa relativa y de ahí la inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley 940 de 2005”, y de igual forma “parcialmente, la omisión legislativa relativa” de los demás artículos demandados de la Ley 940 de 2005.

#### IV. INTERVENCIONES.

##### 1. Ministerio de Defensa Nacional.

En procura de la declaración de exequibilidad de la norma, la apoderada de este Ministerio, señaló que la jurisdicción penal militar “está concebida como una jurisdicción especial, y que las personas que entran a desempeñar cargos dentro de ella deben contar con la suficiente idoneidad para acceder a los cargos y permanecer en ellos, por ello es imperativo que resulte un requisito la cualificación de su personal en la forma como lo establece la ley 940 de 2005”.

Frente a los cargos esgrimidos por la parte actora sobre los artículos de la Ley 940, que acusa por la transgresión constitucional presuntamente planteada, efectuó un parangón en el cambio de legislación en cuanto a los requisitos legales para el desempeño de los cargos de la Justicia Penal Militar, entre los Decretos Leyes 1790, 1791 y 1792 de 2000, y la Ley 940 de 2005, pretendiendo ilustrar las “modificaciones esenciales introducidas en la Ley 940 de 2005, frente a los requisitos que se consagraban en las disposiciones derogadas Decretos Leyes 1790, 1891 y 1792 de 2000”, resalta así que la ley se orientó a generalizar la experiencia requerida en los cargos de la justicia, con el propósito de hacer más viable su aplicación.

Argumentó que dentro de los requisitos especiales para cada tipo de cargos en la jurisdicción penal militar como son los de Magistrado del Tribunal Superior Militar o Juez de Primera

Instancia, expuestos en los artículos 6° y 9° respectivamente, se exige el requisito de ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo o en uso de buen retiro, con el grado correspondiente al ámbito de su competencia, conforme lo indican las normas, con lo cual se cumple a cabalidad el mandato constitucional, para el juzgamiento del personal militar o policial por delitos cometidos en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En cuanto a otros cargos como los de Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar, Fiscal Penal Militar ante los Juzgados de Primera instancia y Jueces de Instrucción Penal Militar, no se exige el requisito de ser miembro activo o en retiro de la Fuerza Pública, y en consecuencia pueden ser ejercidos por personas civiles, con el cumplimiento de los demás requisitos.

Considera así que la ley respeta el artículo 221 superior en cuanto las personas que desempeñan estos últimos cargos no integran los Tribunales Militares o las Cortes Marciales que es a los cuáles se refiere la norma superior, sino que precisamente ejercen sus funciones, como dice su denominación, ante el Tribunal Superior Militar o ante los Jueces de Primera instancia y por lo tanto, están separados de ellos y no asumen la responsabilidad del juzgamiento de los procesados que es a dónde se orienta la norma constitucional.

En conclusión, argumenta que no le asiste razón al actor, más aún cuando con la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010 las investiduras y posiciones deben ser ajustadas al nuevo procedimiento, sin que ello llegue a desconocer los principios generales y mínimos que establece la norma demandada, para acceder a cada uno de los puestos y que los mismos no desconozcan el postulado constitucional, que establece que quienes tendrán la potestad de administrar justicia en la jurisdicción penal militar, son los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

## 2. Universidad Nacional de Colombia.

El Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de dicha Universidad, solicitó declarar la exequibilidad respecto a los artículos 7° y 10° de la Ley 940 de 2005, ya que se ajustan a las normas constitucionales; en relación con el 12 de la misma ley, cree que viola el 221 superior, siendo exequible “bajo el entendido de que a los funcionarios que ejercen funciones de juez deberá exigírseles la calidad de militar en servicio activo o en retiro”.

De tal manera, conceptúa que los funcionarios mencionados en los artículos atacados, no hacen parte de los tribunales y cortes militares, “ya que dichos funcionarios no ejercen funciones jurisdiccionales, sino que ejercen sus funciones ante dichas instancias, es decir no son en estricto sentido funcionarios vinculados a las Cortes o Tribunales Penales Militares, por lo que debe entenderse que la calidad de ‘militar en servicio o en retiro’ no se debe predicar de funcionarios como fiscales y auditores de guerra”.

En relación con los funcionarios que realizan funciones de juzgamiento, adujo que a los “jueces de instrucción militar (art. 12), históricamente se les ha reconocido como jueces en estricto sentido, teniendo como responsabilidad la de instituir la investigación penal militar, cuestión ésta que lo enmarca dentro de la exigencia constitucional del artículo 221 constitucional... entendiendo la referencia a Corte y Tribunales Militares a aquellas instancias que cumplan el rol de juez de instrucción militar. Por lo que en relación al cargo específico del juez de instrucción penal militar” encuentra que se “presenta una latente inconstitucional al no exigirse la calidad de militar activo o en servicio en la persona que ejerza el cargo de juez de instrucción”.

Por otra parte, respecto a los funcionarios que actúan ante instancias judiciales militares “es decir fiscales y auditor de guerra”, encontró que el cargo formulado sobre la omisión legislativa carece de fundamento, “toda vez que estos funcionarios, aunque ejercen funciones dentro del procedimiento penal militar, al no hacer parte de tribunales o cortes militares no están cubiertos por la exigencia constitucional, lo que conlleva a que al momento de confeccionar las listas que serán presentadas al Presidente de la República para proveer los cargos de Fiscales Penales Militares ante los Tribunales Superiores Militares, Fiscales Penales Militares ante los Juzgados de Primera Instancia, no sea requisito indispensable ser militar en servicio o retirado”. Por ello considera acertado que a las personas que integren las listas para proveer los cargos, no se les exija más de lo que se consagró en el artículo 4° de la Ley 940 de 2005, además de la experiencia requerida para desempeñar cada cargo específico.

### 3. Departamento Administrativo de la Función Pública.

El apoderado de este Departamento Administrativo solicita a la Corte “declarar la exequibilidad de los apartes demandados de los artículos 4°, 7°, 10°, 12 y 13 de la Ley 940

de 2005, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos atendibles”, bajo los siguientes argumentos:

“... la ley 940 de 2005 establece los requisitos especiales para cada tipo de cargos en la Justicia Penal Militar y se observa que respecto de algunos, como son los de Magistrado del Tribunal Superior Militar o Juez de Primera Instancia, de acuerdo con los artículos 6° y 9° respectivamente, se exige el de ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo o en uso de buen retiro, con el grado correspondiente al ámbito de su competencia, conforme lo indican las normas, con lo cual se cumple a cabalidad el mandato constitucional, para el juzgamiento del personal militar o policial por delitos cometidos en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Ahora bien, en relación con otros cargos como son los de Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar, Fiscal Penal Militar ante los Juzgados de Primera Instancia y Auditor de Guerra ante los Juzgados de Primera Instancia, de conformidad con los artículos 7°, 10 y 11, respectivamente, no se exige el requisito de ser miembro activo o en retiro de la Fuerza Pública, y en consecuencia, pueden ser ejercidos por personas civiles, con el cumplimiento obviamente, de los demás requisitos.”

Señala de igual forma, que la función principal de los Fiscales Penales Militares es la de calificar y acusar, “como lo disponen los artículos 260 a 262 del actual Código Penal Militar, Ley 522 de 19991, y la de los Auditores de Guerra es la de asesorar jurídicamente a las Cortes Marciales y los Juzgados de Primera Instancia, rendir conceptos y elaborar proyectos de decisión, sin que ellos sean de forzosa aceptación, conforme lo establece el artículo 267 del citado Código”.

Afirmando además que los mencionados servidores, si bien hacen parte de la justicia penal militar, no integran los órganos ante los cuales actúan, pues no se encuentran comprendidos dentro de su configuración legal. En efecto, “el Tribunal Superior Militar está integrado por su Presidente, que es el Comandante General de las Fuerzas Militares, el Vicepresidente y los Magistrados de las Salas de Decisión, conforme lo establece el artículo 235 del Código, y la Corte Marcial, que constituye un procedimiento para juzgar los delitos cometidos por inimputables y aquellos para los cuales no está previsto un procedimiento especial, se integra por el Juez de Primera Instancia, quien la preside y un Secretario designado por él, de

conformidad con el artículo 560 del mismo estatuto”.

Así mismo manifestó que la Corte Constitucional estudió “si era compatible con la Carta que determinados cargos de la Justicia Penal Militar fueran ejercidos por personas civiles en la Sentencia C-1176 del 17 de noviembre de 2005”, en la cual expresó su conformidad, refiriendo en efecto, que los requisitos para acceder al cargo de Magistrado y para acceder al cargo de Fiscal son aceptables y diferentes, por lo cual, el interviniente no formula reparo al hecho de que no se requiera legalmente para el desempeño de algunos cargos de la Justicia Penal Militar, el ser miembro activo o en retiro de las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, con lo cual queda claro que pueden ser ejercidos perfectamente por personas civiles.

#### 4. Intervenciones extemporáneas.

La Secretaría General de esta corporación informó que con posterioridad al vencimiento del término de fijación en lista, fueron recibidas otras dos intervenciones, presentando sendas consideraciones sobre la norma en revisión, a saber:

4.1. El Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Militar, Nueva Granada, solicitó a la Corte decretar la “exequibilidad condicionada” de las normas demandadas, (f. 118) señalando que la “pertenencia a la Jurisdicción Penal Militar en cargos que impliquen conocimiento de delitos, está condicionada al cumplimiento de dos requisitos básicos: ser abogado titulado y ser miembro de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”.

4.2. Por su parte, el Teniente Coronel Fiscal Segundo ante el Tribunal Superior Militar en un extenso escrito, argumentó que el “tema objeto de demanda... ya ha hecho transito a cosa juzgada constitucional... mediante sentencia C-710 de 2002, declaró la exequibilidad de las normas del decreto 1792...”.

#### V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Ministerio Público en concepto N° 5043 de noviembre 8 de 2010, solicitó que se declare “exequible el artículo 4°, y la expresión ‘además de los requisitos generales consignados en el artículo 4 de la presente ley’, contenida en los artículos 7°, 10 y 12, todos de la Ley 940 de 2005, bajo el entendido que uno de los requisitos para ser funcionario de la justicia penal

militar lo constituye ser miembro de la fuerza pública en servicio activo o en uso de buen retiro”, planteando además la inhibición para conocer respecto al “inciso segundo del artículo 13 de la Ley 940 de 2005, por ineptitud sustancial de la misma, ante la falta de claridad y certeza en su formulación”.

El Procurador considera que la Carta se ocupa de la justicia penal militar en su preámbulo y en los artículos 116, 221 y 250, señalando que dentro de este contexto normativo “se puede sostener que la justicia penal militar cumple la función pública de administrar justicia; que, en ejercicio de esta función, conoce de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública que están directamente relacionados con el ejercicio de sus labores; que ese conocimiento corresponde a unas cortes marciales o tribunales militares, integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

Así mismo, recuerda que la justicia penal militar es una función pública especial, dada la particular naturaleza de la actividad militar, cuyas conductas difieren de las que son propias de los civiles, actividad que requiere “de un juez que esté en condiciones de comprender de manera adecuada el mundo de las armas al servicio de una República como la de Colombia”, frente a lo cual, la norma es clara, pues el artículo 221 superior, dispone que las cortes o tribunales militares “estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”.

Afirma, que el Código Penal Militar anterior, que está contenido “en la Ley 522 de 1999”, es de corte inquisitivo. Rige respecto de los delitos cometidos con anterioridad al 1° de enero de 2010. En los artículos 16, 207, 235 y siguientes, asigna las funciones de investigación, acusación y juzgamiento a diversas autoridades, entre las cuales se destacan el tribunal superior militar, los juzgados penales militares de primera instancia, los fiscales penales militares, los jueces de instrucción penal militar y los auditores de guerra.

Por otra parte, el nuevo código penal militar, que está contenido en la Ley 1407 de 2010, es de corte acusatorio. Rige respecto de los delitos cometidos a partir del 1° de enero de 2010. En los artículos 188, 191, 200 y siguientes, asigna las funciones de investigación, acusación y juzgamiento a diversas autoridades, entre las cuales se destacan el tribunal superior, los juzgados penales militares de conocimiento, los juzgados penales militares de ejecución de

penas y medidas de seguridad, los jueces penales militares de control de garantías y los fiscales penales militares.

Asevera que en ambos códigos “se acoge el principio de la doble instancia, principio que requiere de una organización jerarquizada con funciones separadas e independientes, capaces de comprender en debida forma el concepto de delito militar”.

Refiere además que esta Corte, en sentencia C-171 de 2004, reconoce y reitera la necesidad de ser miembro de la Fuerza Pública para poder ser funcionario en la justicia penal militar, por ello, la omisión de este requisito en las normas que se analizan, no es un asunto menor, pues implica desconocer la Carta y la jurisprudencia reiterada de la Corte sobre el asunto.

Planteadas otras apreciaciones, aduce que “el artículo 4° de la Ley 940 de 2005 establece los requisitos generales para acceder a los cargos relacionados con la justicia penal militar, que se debe impartir de acuerdo con la Ley 522 de 1999, pero no contempla la obligatoriedad de ser miembro de la fuerza pública para esos efectos, como tampoco lo exige para los cargos de fiscal penal militar ante el tribunal superior militar, fiscales penales militares ante los juzgados de primera instancia, y los jueces de instrucción penal militar, como sí lo establece para los casos de magistrado del tribunal superior militar y de juez de primera instancia”, ya que pertenecer a la fuerza pública es un requisito esencial para ser funcionario de la justicia penal militar, por mandato expreso constitucional, entonces se percibe que el legislador omitió incluir ese requisito común al ejercicio de la función judicial militar, en contravención del orden superior.

Por lo anterior, concluye que “con el fin de evitar que se declare la inconstitucionalidad de la regulación de los requisitos generales para ser funcionario de la justicia penal militar, con la consecuente generación de un vacío legal contrario a la prescripción y finalidad de la Carta Política en materia de justicia castrense, se debe aplicar directamente el mandato constitucional en el contexto legal demandado”.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

2. Problemas jurídicos planteados.

Para el demandante los segmentos acusados de los artículos 4°, 7°, 10° y 12 de la Ley 940 de 2005, “por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar”, contrarían los artículos 221 y 243 de la Constitución Política.

El primero de ellos, debido a que habiéndose dejado por fuera por parte del legislador el requisito de ser oficiales en servicio activo o en retiro de las Fuerzas Militares, como exigencia para poder acceder a los cargos de tal jurisdicción, se configura una “omisión legislativa relativa”, con lo cual considera vulneradas las garantías que se le brindan a los acusados para que estos sean investigados y juzgados por sus pares.

El segundo por cuanto, puntualiza el actor, al proferir la sentencia C-171 de 2004 la Corte dejó claro que son los miembros de la Fuerza Pública, en actividad o en retiro, los llamados a conformar la justicia penal militar, por lo cual considera que en este asunto se configura el fenómeno de cosa juzgada constitucional, derivada de un pronunciamiento anterior de esta corporación.

Como tercer punto, el demandante simplemente asevera que también hay omisión legislativa relativa frente al inciso 2° del artículo 13, limitándose a transcribir, acorde con ese texto, que para los funcionarios de la Jurisdicción Penal Militar designados en los distintos cargos antes de entrar en vigencia la presente ley, y que aspiren a ocupar cualquiera de los señalados en los artículos 7°, 10, 11 y 12 de la misma ley, no podrá exigírseles otro requisito diferente a la experiencia mínima que para cada cargo se indique, y si se trata de miembro de la fuerza pública, el grado requerido.

Para definir lo planteado, la Corte revisará inicialmente su postura jurisprudencial en torno a la procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad frente a la posible ocurrencia de omisiones legislativas, con base en lo cual decidirá si dicho análisis resulta viable en relación con los planteamientos del actor, y a partir de ello avocará al estudio de ese cargo.

A continuación se examinará brevemente el concepto de cosa juzgada constitucional, a partir de lo dispuesto por el artículo 243 superior, para confrontarlo con lo previamente determinado por esta corporación.

Finalmente, se ocupará la Corte del artículo 13, demandado en su inciso segundo, partiendo de observar si la demanda es idónea frente a él.

### 3. La jurisprudencia constitucional acerca de las omisiones legislativas.

Desde sus inicios, esta corporación ha reconocido la posibilidad de que una norma legal resulte violatoria de la Constitución Política, no tanto por la oposición que frente a ella pudiera derivarse de su contenido material, sino por la ausencia de mandatos legales indispensables para realizar la preceptiva constitucional frente al tema específico.

En cuanto a la posible inconstitucionalidad a partir de las omisiones en que pudiere haber incurrido el legislador<sup>2</sup>, esta corporación ha planteado una primera y clara diferencia, entre las omisiones absolutas, esto es, aquellas situaciones en las que el legislador no ha producido norma alguna en relación con la materia de que se trata, y las omisiones relativas, concepto que alude a aquellos casos en los que sí existe un desarrollo legislativo vigente, pero aquél ha de considerarse imperfecto, por excluir de manera implícita un ingrediente normativo concreto que en razón a la existencia de un deber constitucional específico, tenía que haberse contemplado al desarrollar normativamente esa materia.

Respecto de esta distinción, ha señalado la Corte su carencia de competencia para pronunciarse en el caso de las omisiones absolutas<sup>3</sup>, dado que es de la esencia del juicio de constitucionalidad la existencia de una norma legal específica, como referente sobre el cual debe recaer el análisis. Contrario sensu, ha sostenido que resulta viable ocuparse de las posibles omisiones relativas<sup>4</sup>, ya que en ese evento sí existe un precepto legal sobre el cual pronunciarse, y es factible llegar a una conclusión sobre su exequibilidad a partir de su confrontación con los textos superiores de los que emanaría el deber incumplido por el legislador.

La Corte ha resaltado la importancia del control sobre las omisiones legislativas relativas, para asegurar la efectividad de la guarda de la integridad de la Constitución que se le ha encomendado, ya que de esta forma, sin afectar la autonomía del órgano legislativo que ya ha decidido ocuparse de una determinada materia, dentro de su facultad de configuración, se garantiza que las normas así emanadas del representante de la voluntad general no ignore los criterios y deberes mínimos, que por decisión del constituyente deben atenderse en relación con el tema de que se trate.

Ahora bien, pese a que lo más frecuente es que las omisiones legislativas relativas se traduzcan en una situación discriminatoria y, por lo mismo, en vulneración del derecho a la

igualdad, la Corte Constitucional ha aclarado que este no es el único escenario en el que aquéllas pueden plantearse, siendo posible observar situaciones en las que el precepto ignora algún otro tipo de elemento normativo, que conforme a la norma superior es imperativo regular.

Dentro de esas exigencias constitucionales pueden mencionarse la de incorporar determinados objetivos al momento de regular una materia, incluir ciertas etapas esenciales en la regulación de un procedimiento, brindar instancias de participación a algunos sujetos específicos previamente a la decisión sobre temas que pueden afectarlos, y otras semejantes.

En sus decisiones sobre posibles omisiones legislativas relativas, la Corte se ha referido a las circunstancias que deben concurrir para que esta situación pueda tenerse por acreditada.

Así, al sintetizar su doctrina a este respecto, ha planteado la necesidad de constatar la presencia de cinco elementos esenciales, a saber (C-185 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil): “(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.”

En la misma providencia, continúa explicando la Corte: “La doctrina de esta Corporación ha definido que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada. En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso.”

Por otra parte, siempre que concurren los ya indicados elementos, la Corte ha admitido el planteamiento de eventuales omisiones legislativas relativas, incluso respecto de normas legales expedidas con anterioridad a los preceptos superiores frente a los cuales se predicaría la omisión, casos en los que aquélla tendría entonces el carácter de sobreviniente<sup>5</sup>.

Ahora bien, esta corporación ha indicado que en caso de acreditarse la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, el remedio que restaura la integridad de la Constitución depende de las circunstancias particulares de la omisión encontrada y del contenido específico de la norma de la cual se predica. En algunos casos, la solución consiste en la exclusión, previa declaratoria de su inexecutableidad, del ingrediente normativo específico que puede considerarse el causante de la omisión, es decir, aquel cuya presencia restringe injustificadamente el alcance del precepto, dejando por fuera circunstancias que deberían quedar cobijadas por él.

En otros, la Corte dicta una sentencia integradora o aditiva, en la que declara que la disposición demandada es executable, siempre y cuando su efecto se entienda extendido a otras situaciones distintas y adicionales a las que la norma expresamente contempló, precisamente a aquellas sobre las cuales se encuentre probada la alegada omisión legislativa (cfr. C-1230 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-038 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Visto lo anterior y que la demanda enfoca de manera explícita la supuesta ocurrencia de una omisión legislativa relativa, a partir de estimar que las disposiciones acusadas debieron incluir el requisito de ser “miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro” para desempeñar todo cargo en la jurisdicción penal militar, se decidirá al respecto, previa un cuidadoso estudio sobre la presencia de los elementos a los que antes se hizo referencia.

#### 4. Análisis de los elementos que configurarían la omisión legislativa relativa.

En este estudio, la Corte se ocupará primero de constatar la presencia de los dos primeros elementos referidos en la jurisprudencia antes citada ha hecho referencia, esto es: i) la existencia de una norma legal específica respecto de la cual cabría predicar la omisión y, ii) la exclusión del contenido normativo de dicha disposición de la situación que debería estar contemplada en ella.

De encontrar acreditados esos dos elementos, se emprenderá el estudio de los tres restantes, con la consecuencial profundización sobre la existencia de la omisión legislativa relativa que predica el accionante.

4.1. Presencia de una norma determinada que contiene una específica exclusión normativa.

A este respecto la Corte observa que en los segmentos de los artículos 4°, 7°, 10° y 12 de la Ley 940 de 2005, se puede echar de menos la incorporación del contenido normativo reclamado.

Es cierto que las citadas disposiciones no contemplan dentro del contexto normativo demandado el requisito para el desempeño de los cargos allí regulados, de ser “miembro de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”, tal como en opinión del actor resulta necesario, puesto que, según él, las garantías de los militares o policiales acusados están viendo vulneradas, al no ser investigados y juzgados por sus pares.

En este sentido cabría tener por cumplido el segundo requisito, que conforme a la reiterada jurisprudencia debe caracterizar el cargo que ahora se analiza, puesto que en verdad la disposición demandada no contiene el mandato cuya ausencia reprocha el actor.

Sin embargo, frente al texto del fallo C-185 de 2002 citado en precedencia, cabe aclarar que cuando la Corte afirma encontrar cumplido el segundo elemento configurativo de la omisión legislativa relativa, se refiere simplemente al hecho de que, en efecto, la norma acusada excluye la situación que el actor entiende constitucionalmente obligatoria, lo cual para nada implica afirmar también, en este momento, que la inclusión de ese aspecto resulte “esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta”. Este aspecto será dilucidado más adelante, una vez se analice de fondo el planteamiento contenido en la demanda.

4.2. Falta de justificación y de razón suficiente frente a la exclusión normativa y presencia de un mandato constitucional específico.

Al abordar este aspecto, la Sala analizará la existencia de los mandatos constitucionales concretos de los cuales pudiera derivarse la exigencia del requisito de ser “miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro” para ocupar los cargos a que se refieren los artículos 4°, 7°, 10 y 12 de la Ley 940 de 2005, esto por cuanto, sólo en el caso de haberse

acreditado la existencia de este tipo de imperativos, tiene sentido dilucidar la eventual justificación a su excepción o desatención.

Teniendo en cuenta que, en concepto del actor, el mandato obligatorio que sustentaría la alegada omisión legislativa relativa se encuentra en el artículo 221 superior, que es el precepto constitucional del cual se deriva la existencia del fuero penal militar y se determina su alcance, la Corte estima necesario considerar i) el concepto y finalidad del fuero penal militar y la función de administrar justicia de quienes ejercen cargos en tal jurisdicción; ii) la línea jurisprudencial existente sobre el tema.

A partir de ello podrá establecerse si en realidad existe en este caso un mandamiento constitucional obligatorio, desatendido con la expedición de las normas demandadas.

4.2.1. Debe recordarse ahora la razón de ser del fuero penal militar, frente al argumento de fondo que sustenta el cargo propuesto en la demanda, para llegar así al sentido y justificación de la forma como se encuentra conformada la Jurisdicción Penal Militar.

El artículo 221 de la Constitución Política, mirado ya en el texto subsiguiente al Acto Legislativo 02 de 19956 consagra, en virtud del fuero penal militar, que los delitos que cometan los miembros de la fuerza pública (militares y policiales, art. 216 ib.), en servicio activo y en relación con el mismo, son competencia de las cortes marciales o tribunales militares, integrados por personal en servicio activo o en retiro, con arreglo a las disposiciones del Código Penal Militar preceptiva que aparece reproducida en los mismos términos en el artículo 1° de la Ley 1407 de 2010, por medio de la cual fue expedido el Código que actualmente rige esta materia.

De igual forma en la carta7 (art. 116, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2002), se encuentra establecido que también la Penal Militar tiene la potestad de administrar justicia, lo cual conlleva que aunque no haga parte de la Rama Judicial del poder público (Título VIII constitucional), es esa su función esencial, administrar justicia en el ámbito para el cual universalmente ha sido concebida, resultándole consecuentemente inmanentes todos los principios, calidades, fundamentos y finalidades de tal misión, incluido su serio compromiso democrático de ser eficiente en la lucha contra el delito, en permanente preservación de los derechos humanos.

4.2.2. Constitucionalmente se ha considerado que el fuero penal militar se establece como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, excluyendo del conocimiento de ésta ciertas conductas punibles en que puedan incurrir miembros de la fuerza pública. Por lo tanto, como se señaló en la sentencia C-399 de septiembre 7 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, sus alcances deben ser determinados en forma “estricta y rigurosa”, como quiera que, de acuerdo con la hermenéutica constitucional, las excepciones, para evitar que se conviertan en regla general, deben ser interpretadas de forma restrictiva<sup>8</sup>, resultando también ostensible que la justicia penal militar, “aun cuando se presenta como una jurisdicción específica, está sometida a la Constitución... (CP arts. 1º, 2º, 123 y 124)”<sup>9</sup>.

No está de más reiterar que el artículo 221 de la Carta señala que el fuero militar abarca los delitos cometidos por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, en relación directa con el mismo servicio, de forma que tal fuero está constituido, primero, por un elemento subjetivo (que el delito sea cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo), y el segundo funcional (que la acción u omisión guarde relación inalienable con el mismo servicio).

De lo anterior se desprende que la razón de ser de este régimen penal especial, radica “de una parte, en las reglas de conducta particulares a que se encuentran subordinados los miembros de la fuerza pública y, de otra, en la estrecha relación que existe entre esas reglas particulares de comportamiento, el uso de la fuerza y la especial índole de las conductas que les son imputables”<sup>10</sup>, circunstancias que justifican la configuración de una jurisdicción específica en el ámbito exclusivo de la fuerza pública.

4.2.3. La jurisprudencia constitucional había señalado inicialmente que “un civil no puede, según los cánones constitucionales, conocer de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública”, interpretación que se había consolidado a partir de la sentencia C-473 de julio 7 de 1999, M. P. Martha SÁCHICA de Moncaleano, en la que se estudió la exequibilidad de algunas normas del Decreto 2550 de 1988, “por el cual se expide el Código Penal Militar” de entonces. Así se pronunció esta corporación en esa oportunidad:

“... es imperativo que las cortes marciales y los tribunales militares estén integrados por militares en servicio activo o en retiro, lo cual consecuentemente, impide que el personal civil pueda acceder a dichos cargos.

Si bien resulta evidente, que las calidades para ser magistrado del Tribunal Militar deberían estar referidas a factores objetivos fundados esencialmente en las condiciones morales y profesionales de los aspirantes y que el carácter de militar en servicio activo o en retiro no debería ser una condición esencial para acceder a dicho cargo, lo cierto es que actualmente, en virtud del Acto Legislativo 2 de 1995, tal condición se convirtió en relevante. Por consiguiente, es ineludible considerar que el Constituyente introdujo en esta materia, una excepción al principio general de la igualdad en el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, gobernado por los artículos 13, 40 y 125 de la Constitución.”

Posteriormente, en sentencia C-676 de junio 28 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte advirtió que “la Justicia Penal Militar es una dentro de las diferentes especialidades que integran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional... sólo quienes ostenten la calidad de oficiales de una y otra fuerza pueden acceder a los cargos de magistrados, jueces militares, fiscales militares, auditores de guerra, y funcionarios de instrucción, por lo que la condición de ser oficial de la Fuerza Pública no es un requisito exigido únicamente para desempeñar el cargo de Juez de Primera Instancia”.

En cuanto al ejercicio de las funciones al interior de esa jurisdicción, en sentencia C-457 de junio 12 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, frente al estudio de constitucionalidad de la norma que en ese entonces establecía “los requisitos para ocupar el cargo de Magistrado de Tribunal Superior Militar”, se expresó:

“... el constituyente concibió la justicia penal militar pues se trata de que en unos funcionarios concurra, a más del criterio jurídico inherente a todo administrador de justicia, el conocimiento de la estructura de la fuerza pública, de la misión constitucional que le incumbe y de las reglas de conducta que la gobiernan pues esa estructura, esa misión y esas reglas de comportamiento tienen profunda incidencia en la manera como se han de valorar las conductas punibles cometidas por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio.”

En similar sentido, en sentencia C-171 de marzo 3 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se expuso que “si para ser miembro de una Corte Marcial se requiere ser miembro de la Fuerza Pública, y las cortes marciales están integradas por jueces de primera instancia, entonces dichos jueces deben ser miembros de la fuerza pública”, agregando “que la calidad

de miembro de la fuerza pública en servicio activo o en retiro es indispensable para ocupar el cargo de Juez Penal Militar -entre otros cargos dentro de la Justicia Penal Militar- independientemente de que éste haga o no parte de una corte marcial". Con lo cual se encontró establecido que "los miembros de la fuerza pública no pueden ser juzgados sino por miembros de la fuerza pública, sea en servicio activo o en retiro".

4.2.4. Es relevante considerar que del propio artículo 221 superior, en su integración con toda la preceptiva constitucional, se colige que "la totalidad de los actos u omisiones"<sup>11</sup> de los miembros de la fuerza pública no puede quedar comprendida dentro del fuero, distinguiéndose los comportamientos que realicen o dejen de realizar como miembros activos de los cuerpos militares o policial, en directa relación con el servicio propiamente tal, de las que corresponden a su actividad común de integrantes de la colectividad, o a excesos en la labor pretendidamente oficial, al ser "una distinción básica y obligada si se quiere preservar la especialidad del derecho penal militar", según se lee en la misma sentencia acabada de citar.

Es así oportuno reiterar que, a diferencia de la finalidad del fuero de los miembros del Congreso de la República, que busca "constituir un privilegio protector de la investidura, y asegurar al máximo la independencia en el juicio"<sup>12</sup>, "no puede entenderse el fuero militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia"<sup>13</sup>.

Así, partiendo de la obvia premisa de que, en un Estado Social de Derecho, las funciones militares y policivas están también sujetas al principio de legalidad, las acciones de sus miembros son legítimas siempre que se adelanten conforme a la Constitución y a la ley, de modo que dentro del marco legal aplicable, tienen mayor relevancia las actuaciones contenidas en el Código Penal Militar, al imponer deberes de acción y de abstención, excluyendo comportamientos reprochables, que denotan desviación respecto de los objetivos y/o de los medios legítimos.

De este modo, se establece que la exigencia, para la concreción del fuero, de que los comportamientos tengan relación directa con una legítima misión o tarea militar o policiva, “obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental” (C-358 de 1997, precitada, no está en negrilla en el texto original).

4.2.5. Fundamentado en lo anterior, devienen diferentes posiciones que esta corporación ha venido consolidando, respecto al funcionamiento adecuado de la Justicia Penal Militar. En sentencia C-1176 de noviembre 17 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, se explicó la justificación constitucional del trato diferenciado, en términos trascendentales hacia el cabal entendimiento de los requisitos para acceder a los cargos establecidos en la Ley 940 de 2005 (está subrayado pero no en negrilla en el texto original):

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

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

Lo cual llevó a concluir, en esa misma providencia, que “una persona que no sea miembro activo ni en retiro de la Fuerza Pública puede aspirar a ser Fiscal ante el Tribunal Superior de la Justicia Penal Militar, pues ni el artículo 4º ni el 7º, ni ninguna otra disposición en la Ley 940 de 2005 lo establece de manera distinta. En cambio para ser Magistrado del Tribunal Superior Militar es requisito sine qua non ser miembro activo o en retiro de la Fuerza

Pública”.

Conclusión de la cual se desprende que extender la expresión bajo estudio, “ser miembro activo o en retiro de la Fuerza Pública”, a los requisitos para acceder a los cargos a que se refieren los artículos 4°, 7°, 10° y 12 de la Ley 940 de 2005, derivaría en una situación desigual para quienes, cumpliendo las demás condiciones, no son o no han sido oficiales superiores de la fuerza pública y no van a laborar, con jurisdicción, en “cortes marciales o tribunales militares” (art. 221 Const.), que es el ámbito de exclusión.

4.2.6. Estas consideraciones compaginan, por lo demás, con las perspectivas jurídicas internacionales, con importantes desarrollos en el ámbito interamericano, realizador del principio fundamental de la autonomía de los jueces, desde los puntos de partida de “la independencia de la judicatura” y de “toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios” 14.

La Convención Americana de Derechos Humanos señala, en su artículo 8°, numeral 1° (no está en negrilla en el texto original): “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Esta disposición ha servido de base para el despliegue jurisprudencial respecto a la independencia e imparcialidad de los tribunales militares, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>15</sup> (en adelante CIDH) ha manifestado (no está en negrilla en el texto original, como tampoco en las citas subsiguientes): “El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la ley Orgánica de Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son quienes, a su vez, determinan los

futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.”

En igual sentido en el caso Durand y Ugarte<sup>16</sup> se declaró: “En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles”.

Posteriormente, reiterando sus pronunciamientos en un caso relacionado con Colombia, la CIDH en julio 5 de 2004<sup>17</sup> refirió:

“Es necesario señalar que la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. En el caso de la legislación colombiana, el artículo 221 de la Constitución Política de 1991 dispone que los tribunales militares conocerán ‘de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio’. Esta norma indica claramente que los jueces militares tienen una competencia excepcional y restringida al conocimiento de las conductas de los miembros de la fuerza pública que tengan una relación directa con una tarea militar o policial legítima.

... Como ha establecido la Corte con anterioridad, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial<sup>18</sup>.

... en sentencia de 5 de agosto de 1997, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre la jurisdicción penal militar e indicó, inter alia, que:

‘... para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar... el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado... Si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor... El vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos

de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública.’

... ..

1. El juzgamiento de los militares vinculados a la investigación de los delitos cometidos contra los 19 comerciantes por jueces penales militares... implicó una violación al principio de juez natural y, consecuentemente, al derecho al debido proceso y acceso a la justicia, y además conllevó a que no fueran investigados y sancionados por tribunales competentes los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos (infra párr. 263).”

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye en definitiva, también desde un prevalente enfoque internacional en tema ostensiblemente relacionado con el reconocimiento de derechos humanos (art. 93 Const.), que la administración de justicia, en todas sus manifestaciones, reclama ser realizada por funcionarios no solo probos e idóneos, sino también independientes, para entender, asumir y resolver la problemática sobre la cual deben emitir decisiones, dentro de enfoques neutrales, objetivos y justos, siempre “sometidos al imperio de la ley” (art. 230 Const.).

4.3. El contenido del artículo 221 de la Constitución Política y los diferentes roles que se desempeñan en la Jurisdicción Penal Militar.

4.3.1. El artículo 221 de la Constitución Política de la República de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 02 de 1995, artículo 1º, establece: “De los delitos que cometan 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.”

Es claro que, como ya se ha referido, esta disposición implica, en primer lugar, que la jurisdicción penal militar conoce de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, en tanto hayan sido perpetrados en directa relación con el mismo servicio, determinándose así los elementos centrales de la excepcional razón de ser de la justicia castrense, que debe interpretarse de manera estrictamente restrictiva y asumiendo

los principios de independencia, imparcialidad, autonomía y sujeción a la ley, característicos e imprescindibles en toda jurisdicción<sup>19</sup>.

En segundo lugar, con la reforma introducida en 1995, el mismo precepto pasó a consagrar, - a partir del deseo de que tal jurisdicción sea administrada entre pares, esto es, por quienes conozcan las interioridades de la organización y las acciones propias de la fuerza pública -, que las cortes marciales y los tribunales militares estén compuestos por miembros en servicio activo o en retiro de esa fuerza pública, lo cual debe ser acatado como texto constitucional que es, a pesar de que pueda generar dudas sobre la autonomía e independencia de tales jueces.

Para disipar tales dudas y sin perjuicio de la procedencia del recurso extraordinario de casación y de la acción de revisión, al igual que de otras eventuales formas de impugnación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, contra decisiones proferidas por el Tribunal Superior Militar (arts. 205 y 220 L. 600 de 2000; 181 y 192 L. 906 de 2004; 199 L. 1407 de 2010), es indispensable que los funcionarios judiciales, también en lo militar, sean siempre cuidadosamente seleccionados y apropiadamente respetados en sus decisiones, de manera que éstas sean tomadas exclusivamente de acuerdo a las pruebas y al derecho, en conciencia y con el único sometimiento a la Constitución y a la ley.

Uno de los pasos trascendentales hacia ello reside en que se rodee de estabilidad también a quienes desempeñen funciones en la Jurisdicción Penal Militar, superando la libre remoción y cualquier otra forma directa o indirecta de riesgos de presión o de influencia.

4.3.2. Recuérdese de nuevo la jurisprudencia y la doctrina internacionales, precisando que la sustentación de juicios penales ante tribunales militares, si bien conlleva riesgos importantes, no es en sí misma violatoria del derecho a ser juzgado por tribunal competente, independiente e imparcial. Así, en 1991 el Comité de Derechos Humanos concluyó<sup>20</sup> que un tribunal militar que ostentaba las siguientes garantías podía considerarse independiente e imparcial<sup>21</sup> (no está en negrilla en el texto original):

“El tribunal militar es presidido por un juez miembro de un tribunal superior.

\* Los miembros militares del tribunal son nombrados por la Corona ‘Jefe de Estado’ y son inamovibles.

- \* Los jueces militares no desempeñan ninguna función en la jerarquía militar y sus sueldos son sufragados por el Ministerio de Justicia.
- \* Los jueces prestan juramento sobre el cumplimiento de sus funciones con justicia e imparcialidad.
- \* Los jueces no deben obediencia ni tienen que responder a nadie por sus decisiones.
- \* Las sesiones del tribunal son públicas.”

Sin olvidar que, desde su cobertura universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye en el numeral 1° de su artículo 14 que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, lo cual constituye así mismo un derecho de las víctimas, también los órganos del sistema interamericano han desarrollado una jurisprudencia importante sobre los tribunales militares y especiales, donde uno de los centros cardinales sigue siendo la autonomía de los jueces, prefiriéndose como “principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios” 22.

De la misma manera, a fuer de repetitivos, reitérese que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8°, numeral 1° señala (no está en negrilla en el texto original, como tampoco en las siguientes citas):

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Volviendo a lo expuesto, se ha citado que en el caso Cantoral Benavides (septiembre 3 de 1998) se reseñó que el “máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente” y que “los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores”, constatación que “pone en duda la independencia de los jueces militares”. Frente a ese caso, de otro país, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos informó<sup>23</sup>

que “lejos de ser tribunales judiciales, constituyen tribunales administrativos dependientes del Ministerio de Justicia integrado por milicianos, reservistas y o adeptos del Frente Sandinista de Liberación, es decir, enemigos políticos de los reos, por lo cual su imparcialidad, ecuanimidad e independencia de criterio se encuentran seriamente comprometidas.”

En el caso Durand y Ugarte (agosto 16 de 2000), la Corte Interamericana declaró categóricamente que “en un estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener alcance restrictivo y excepcional”.

4.3.3. La Constitución Política de Colombia ha precisado, de manera contundente, que las decisiones de la Administración de Justicia “son independientes” y que su funcionamiento “será desconcentrado y autónomo” (art. 228). Aún más, “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley” (art. 230).

La jurisdicción tiene que estar construida sobre la independencia, la probidad, la idoneidad, la sensibilidad social, la acuciosidad, el acierto, la eficiencia y el buen sentido de quienes, haciendo honor a su calidad de administradores de justicia, se dedican con pleno esfuerzo y capacidad al oportuno y acertado cumplimiento de sus deberes.

La independencia, como compromiso y responsabilidad que debe caracterizar a todo juez<sup>24</sup>, “hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones... a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales”.

Así, la voluntad y la autonomía del juez al adoptar una decisión, por ningún motivo pueden estar sometidas.

Además, la imparcialidad es garantía de igualdad (art. 13 Const.), “de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia”<sup>25</sup>, como uno de los principales cimientos estructurales del Estado.

La justicia recta e imparcial es, de tal manera, imprescindible para la convivencia y la

preservación de la humanidad; de no ser así, aumentarían los riesgos expresados por Piero Calamandrei en su obra Elogio de los Jueces:

“El Estado siente como esencial el problema de la selección de los jueces; porque sabe que les confía un poder mortífero que, mal empleado, puede convertir en justa la injusticia, obligar a la majestad de las leyes a hacerse paladín de la sinrazón e imprimir indeleblemente sobre la cándida inocencia el estigma sangriento que la confundirá para siempre con el delito... tan elevada es la misión del juez y tan necesaria la confianza en él que las debilidades humanas que no se notan... en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en el juez.”

4.3.4. El argumento de fondo propuesto en la demanda, como se recordará, descansa en la premisa de que los segmentos demandados de los artículos 4°, 7°, 10° y 12 de la Ley 940 de 2005 resultan violatorios de la carta política, puesto que presuntamente se configura la omisión legislativa relativa, específicamente frente al artículo 221 de la Carta, al haber dejado por fuera la exigencia del requisito de “ser oficiales en servicio activo o en retiro de las Fuerzas Militares”, para acceder específicamente a los cargos de Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar, Fiscal Penal Militar ante los Juzgados de Primera Instancia y Juez de Instrucción Penal Militar.

Este requerimiento sí es exigido para acceder al cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar, al igual que Juez de Primera Instancia Penal Militar, en armonía con los demás requisitos estipulados en la Ley 940 de 2005. Ante ello, la Corte estima que existen razones de fondo que autorizan un trato diferenciado entre algunos cargos de la Jurisdicción Penal Militar, por lo cual no se presenta la ausencia que se pretende derivar del mandato constitucional, frente al tema específico de que trata la norma demandada, resultando inane lucubrar sobre la razonabilidad y/o la justificación de la inexistente omisión.

Cabe explicar además que, si bien el artículo 221 superior establece que las cortes marciales y los tribunales militares han de estar integrados por “miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”, esto de ninguna manera implica que no se establezcan mecanismos de selección y de estabilidad, que destierren algún grado de obsecuencia para el desempeño de los cargos ejercidos en la Jurisdicción Penal Militar.

4.3.5. Indíquese que en el proyecto<sup>26</sup> que dio paso a la expedición de la Ley 940 del 5 de

enero de 2005, “Por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar”, se tuvo por finalidad definir en un solo cuerpo normativo “los requisitos para acceder a la magistratura y a la judicatura en la Justicia Penal Militar, precisando las calidades que para cada instancia deben tener quienes aspiren a su titularidad, la iniciativa se compromete en mejorar la calidad de esta Justicia especial, y objetivar el acceso a la misma y definir criterios de evaluación de desempeño”, respondiendo así a los propósitos y exigencias del artículo 221 de la Carta, que en armonía con el Acto Legislativo N° 02 de 1995, fija los requisitos para el desempeño de los distintos cargos de la Jurisdicción Penal Militar, de la que “si bien hacen parte oficiales de la Fuerza Pública en servicio activo y en retiro, igualmente se desempeña en la jurisdicción, personal civil que reúne las mismas calidades profesionales y de experiencia exigida por la ley”.

Adicionalmente, es del caso referir que, si bien el Congreso de la República al estudiar el proyecto que propició la expedición de la citada Ley 940, no abordó lo ordenado en la ratio decidendi de la sentencia C-171 de 2004, en relación con el tema ahora estudiado, el legislador no excluyó el ingrediente normativo concreto, correspondiente al artículo 221 superior, pues esta ley sí establece el requisito obligatorio de ser miembro de la fuerza pública, sea retirado o en servicio activo, pero frente a los cargos desempeñados por Magistrados del Tribunal Superior Militar y Jueces de Primera Instancia Penal Militar, que son quienes tienen la facultad de decir el derecho (esto es, la jurisdicción).

Por todo ello, para esta Corte es claro que no se ha incumplido el deber constitucional específico, al desarrollar normativamente la materia sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar; así, en realidad no concurren en este caso los elementos necesarios para configurar la existencia de una omisión legislativa relativa, planteada por el actor en su demanda.

4.3.6. Es importante subrayar que la sentencia C-171 de 2004 declaró una exequibilidad condicionada (“bajo el entendido que”, numeral 1° de la parte resolutive); esta corporación ha de, i) “seguir el precedente, en virtud del valor de la preservación de la consistencia judicial, de la estabilidad del derecho, de la seguridad jurídica, del principio de la confianza legítima y de otros valores, principios o derechos protegidos por la Constitución<sup>27</sup> y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte<sup>28</sup>”, o por el contrario, ii) “apartarse del precedente, esgrimiendo razones poderosas para ello que respondan a los

criterios que también ha señalado la Corte en su jurisprudencia, para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores<sup>29</sup>. También puede la Corte llegar a la misma conclusión de su fallo anterior pero por razones adicionales o diversas”.

4.3.7. Frente al presente asunto, la Corte Constitucional debe aclarar que la precitada sentencia C-171 de 2004 fue proferida en torno a disposiciones del Decreto 1790 de 2000, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 del mismo año, cuando aún en Colombia no se había adoptado el sistema procesal penal acusatorio (A. L. 03 de 2002).

4.3.8. De manera indiscutible, la Jurisdicción Penal Militar en la relevante función de administrar justicia que le es propia, debe estar conformada por servidores idóneos, independientes e irrestrictamente probos, en orden a asumir, entender y resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, a través de enfoques neutrales, objetivos y, en una palabra, justos, contruidos a partir de la ecuanimidad, la aptitud, la sensibilidad social, la acuciosidad, la irreductible voluntad de acierto, la eficiencia y el consolidado sentido de justicia, en la cabal apreciación de las pruebas y para pronunciarse siempre en derecho.

Debe reafirmarse, entonces, lo señalado en la sentencia C-1176 de noviembre 17 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, en cuanto a determinar “el carácter excepcional de las situaciones que rodean el cumplimiento de los requisitos para acceder al cargo de Magistrado... en razón precisamente a la particularidad del personal de la Justicia Penal Militar” y que “los requisitos para acceder al cargo de Magistrado y para acceder al cargo de Fiscal son distintos<sup>30</sup>. El fundamento de la excepción es justamente que el conjunto de los requisitos para el cargo de Magistrado – que no son los mismos que para Fiscal – no da cuenta de las situaciones concretas... en interés de lo estipulado en el artículo 221 Superior... no representa un privilegio injustificado a favor de unos funcionarios”.

Por supuesto que la Corte no puede desentenderse de lo dispuesto en el resaltado artículo 221 superior, a partir de la reforma introducida por el artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 1995, cualquiera que haya sido la razón que propició tal modificación.

Pero una cosa es que “las cortes marciales o tribunales militares” estén “integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro” y otra muy diferente es que tal vínculo, con los riesgos adicionales de resquebrajamiento de la independencia, la objetividad

y la imparcialidad, sea extendido a funcionarios que no tienen capacidad de proferir decisiones jurisdiccionales, propiamente tales, pero que sí pueden determinar si se investiga o no y a quiénes, o en torno a qué y de qué manera, como los fiscales de la Justicia Penal Militar y los anteriormente denominados auditores de guerra y jueces de instrucción penal militar.

Por lo mismo, en la Ley 940 de 2005 se encuentra establecida, además de los requisitos generales para desempeñar los cargos en la Jurisdicción Penal Militar, la exigencia especial de “ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo o miembro de la Fuerza Pública en retiro”, para ejercer los cargos de Magistrado de Tribunal Superior Militar<sup>31</sup> y Juez de primera Instancia Penal Militar<sup>32</sup>.

Lo anterior debido a que la independencia y la imparcialidad, inalienables en toda jurisdicción, no se garantizan si quienes intervienen en el proceso de juzgamiento son funcionarios que pueden ser removidos al igual que nombrados a voluntad, en permanente relación de dependencia, subordinación y obediencia debida, bajo la relación jerárquica y disciplinaria propia de la estructura orgánica de las instituciones armadas.

##### 5. Ausencia de cosa juzgada constitucional.

Según estatuye el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que esta Corte dicte “en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. De igual forma, el inciso 2° de la misma disposición establece que ninguna autoridad “podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

De conformidad con dicho precepto, esta corporación ha señalado<sup>33</sup> que para determinar la presencia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional material, es preciso examinar los siguientes elementos: i) Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable; ii) que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca, en cuanto el contenido material del texto demandado sea igual a aquel que fue declarado inexecutable. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos, como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido

normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción; iii) que el texto de referencia anteriormente juzgado, con el cual se compara la reproducción, haya sido declarado inconstitucional por razones de fondo, lo cual significa que la ratio decidendi de la inexecutableidad no debe haber reposado en un vicio de forma; iv) Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte, sobre el cual se declaró la inexecutableidad.

Así las cosas, cuando estos elementos concurren, hay lugar a declarar cosa juzgada material y, por consiguiente, la norma reproducida correrá igual suerte de inexecutableidad, por desconocimiento de lo determinado en el inciso 2° del artículo 243 superior, disposición que elimina la competencia del legislador para expedir una disposición que ha sido declarada contraria a la Constitución.

Frente a lo anterior, revítese que la Corte Constitucional en sentencia C-171 de marzo 3 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, al estudiar la demanda de constitucionalidad promovida contra algunos artículos del Decreto 1790 de 2000, el cual fue derogado por la Ley 940 de 2005, los declaró exequibles, “bajo el entendido que para ocupar el cargo” de Fiscal Penal Militar ante Tribunal Superior Militar, Auditor de Guerra de Inspección General y División, y Juez de Instrucción Penal Militar, “se requiere ser miembro de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”.

Puede refrendarse, a propósito, lo expuesto por esta Corte en anterior oportunidad<sup>34</sup>:

“Aun cuando el texto cuestionado es idéntico al analizado en la sentencia C-739 de 2000 y el cargo señalado es el mismo, no estamos ante el fenómeno de la cosa juzgada material en sentido estricto, como quiera, entre otras razones, que la expresión cuestionada fue declarada exequible y, por lo tanto, no se cumple con el primer requisito establecido en el artículo 243 de la Constitución.

En efecto, la cosa juzgada material regulada de manera expresa en la Constitución supone la declaratoria previa de inexecutableidad de una norma y su reproducción posterior en contra de una prohibición clara, establecida en el artículo 243 inciso 2 de la Constitución. Pero si bien el Congreso no puede reproducir una norma declarada inexecutable, nada impide que vuelva a expedir una norma declarada exequible, puesto que si ella fue encontrada ajustada a la Carta el legislador no viola la Constitución al adoptar una disposición idéntica a la anterior.

Una vez reproducida la norma exequible, la Corte debe apreciar si en el nuevo contexto dentro del cual fue expedida, ésta adquirió un alcance o unos efectos distintos, lo cual justificaría un fallo de fondo en un sentido diferente al anterior. Lo mismo sucedería en caso de que la Corte encuentre razones poderosas para introducir ajustes en su jurisprudencia o cambiarla.<sup>35</sup>”

## 6. Decisión inhibitoria.

Finalmente, en relación con el inciso 2° del artículo 13 de la Ley 940 de 2005, es del caso advertir, tal como se ha expresado en otras ocasiones<sup>36</sup>, que el hecho de haberse admitido la demanda en su totalidad, no garantiza per se que al final del proceso sea posible emitir una sentencia de fondo en todos los aspectos, ni impide que la Sala Plena de la Corte adopte una decisión inhibitoria sobre alguno o algunos de los enfoques de cargo, por constatar que en realidad no se reúnen las condiciones requeridas para sustentar un pronunciamiento de fondo.

Por lo anterior, visto que el cargo formulado sobre dicho inciso 2° del artículo 13, no llena los requisitos exigidos por las normas correspondientes (Decreto 2067 de 1991) y por la jurisprudencia de esta Corte, para dar lugar a una decisión de mérito, ya que carece de claridad, especificidad y pertinencia, en el sentido de que los argumentos apenas insinuados en la demanda no permiten establecer la conducencia del concepto de la violación y no se relacionan de manera directa y precisa con esta norma, que por cierto cita erradamente en las pocas referencias que realiza, primero dentro de lo que subtitula como punto 10 (pág. 20) y luego en la petición (pág.22):

“Se viola por parte del legislador los artículos 221 y 243 del ordenamiento constitucional, al desconocer lo establecido en ellas (sic), por lo tanto el artículo 10 (sic) ... debe ser declarado inexecutable parcialmente en la parte en que fue subrayado y colocado en negrillas.” (Todo el inciso 2° del artículo 13 aparece subrayado y en negrillas.)

“Que declare, parcialmente, la omisión legislativa relativa y de ahí la inconstitucionalidad del inciso primero (sic) del artículo 13° de la Ley 940 de 2005, el cual dice...” (Transcribe el inciso 2°, que es el que anuncia demandar.)

Por lo anterior, la Corte se declarará inhibida para decidir respecto a tal segmento del artículo

13 en cuestión, norma con diferencias evidentes y a la cual no le encajan apropiadamente, como podría esperarse, los argumentos dirigidos contra los otros preceptos. Esa inhibición fue pedida por el Procurador General de la Nación, quien advirtió que en este aspecto “la demanda carece de claridad y de certeza, debido a que los argumentos de inconstitucionalidad presentados corresponden al contenido normativo del artículo 10 de la citada ley y no al aquí atacado”.

## 7. Conclusión.

7.1. Así, una vez agotado el análisis de los distintos aspectos incluidos en los reproches planteados en la demanda, y dado que ninguno se abre paso, esta Corte declarará que los segmentos demandados de los artículos 4°, 7°, 10° y 12 de la Ley 940 de 2005, son exequibles, en relación con los cargos aquí estudiados y frente a los artículos 221 y 243 constitucionales.

7.2. En cuanto al inciso segundo del artículo 13 de la misma ley, visto que el cargo formulado por el demandante no llena los requisitos exigidos por las normas correspondientes del Decreto 2067 de 1991 y por la jurisprudencia de esta corporación para dar lugar a una decisión de mérito, la Corte se declarará inhibida para decidir, por ineptitud sustancial de la demanda en ese aspecto.

## VII.- DECISIÓN.

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

### RESUELVE

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados, los segmentos demandados de los artículos 4°, 7°, 10° y 12 de la Ley 940 de 2005, “por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar”.

SEGUNDO.- Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del inciso 2° del artículo 13 de la Ley 940 de 2005, por ineptitud sustancial de la demanda en ese aspecto.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrada

Magistrado

Ausente con excusa

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cabe anotar que este código fue derogado y reemplazado por la Ley 1407 de 2010 “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

2 Cfr. sobre el tema de la omisión legislativa, entre los pronunciamientos más recientes, las sentencias C-562 y C-865 de 2004; C-800, C-823 y C-1154 de 2005; C-891A de 2006; C-208, C-394, C-831 y C-1004 de 2007; C-463, C-540 y C-542 de 2008; y C-314 y C-522 de 2009.

3 Sobre omisión legislativa absoluta, ver las sentencias C-543 de 1996, C-780 de 2003, C-1154 de 2005 y C-542 de 2008, entre otras.

4 Sobre omisión relativa ver, entre otras, las sentencias C-823 de 2005 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), C-185 de 2002, C-891A de 2006 y C-208 de 2007 (en todas M. P. Rodrigo Escobar Gil), C-394 de 2007 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-463 de 2008 (M. P. Jaime Araújo Rentería).

5 Situación similar se analizó en las sentencias C-1549 de 2000 (M. P. Martha V. Sáchica Méndez), C-562 de 2004 (M. P. Jaime Araújo Rentería), C-865 de 2004 y C-891A de 2006 (en ambas M. P. Rodrigo Escobar Gil), C-831 de 2007, C-542 de 2008 (en ambas M. P. Jaime Córdoba Triviño), C-540 de 2008 (M. P. Humberto Sierra Porto) y C-522 de 2009 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

6 Declarado exequible mediante sentencia C-387 de diciembre 19 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

7 Título V (“De la organización del Estado”), Capítulo I (“De la estructura del Estado”).

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

9 C-399 de 1995, ya citada.

10 C- 457 de junio 12 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

11 C-1184 de diciembre 3 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla

12 C-545 de mayo 28 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

13 C-141 de 1995, previamente citada.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y otros.

15 CIDH, caso Castillo Petruzzi y otros (fondo), párr. 129 (citando el Principio 5). Extracto del Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile del año 1985, pp. 199-200. Véase también el caso Ivcher Bronstein (Fondo), párr. 112 (supra), véase también el caso Durand y Ugarte, párr. 14, (2000).

16 CIDH, caso Durand y Ugarte (fondo), párr. 117 (2000).

17 CIDH, caso 19 Comerciantes vs Colombia, párr. 164 a 177 (2004).

18 Cfr. Caso Las Palmeras, supra nota 160, párr. 53; caso Ivcher Bronstein, sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 112; y caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 161, párr. 130.

19 C-1002 de octubre 3 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

20 Caso J.P.K. c. Países Bajos, párr. 4.2.

21 "Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano". Daniel O'Donnell. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Reimpresión, 2007. Bogotá.

22 Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi y otros, antes referido.

23 CIDH, Informe Anual 1982-1983, ps. 18 y 19.

24 C-037 de febrero 5 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa

25 C-037 de 1996.

26 Cfr. Gaceta del Congreso 352 del 24 de julio de 2003.

27 Sobre la aplicación del concepto de precedentes en sistemas no anglosajones y su relación con el concepto de cosa juzgada, en especial en Alemania, España, Francia e Italia, ver Neil MacCormick y Robert Summers (ed.), *Interpreting precedents*. París, Ashgate

Darmouth, 1997.

28 “Corte Constitucional, sentencias C-131/93, MP: Alejandro Martínez Caballero, C-083/95, MP: Carlos Gaviria Díaz, T-123/95, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-047/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, SU-168/99, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y C-836/01, MP: Rodrigo Escobar Gil.”

29 C-774 de julio 25 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

30 “Ley 940 de 2005. ‘ARTÍCULO 6o. MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Para ser Magistrado del Tribunal Superior Militar, será necesario acreditar a más de los requisitos generales consignados en el artículo 4o de la presente ley, ser miembro de la Fuerza Pública en Grado de Oficial Superior en servicio activo o miembro de la Fuerza Pública en retiro y acreditar una experiencia mínima de ocho (8) años en el desempeño de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar. (...)’ [Énfasis fuera del texto]

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

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

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

32 “ARTÍCULO 9°. JUECES DE PRIMERA INSTANCIA. Para desempeñar el cargo de Juez de Primera Instancia, se requiere además de los requisitos generales consignados en el artículo 4° de la presente ley, ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo o en uso de buen retiro, con el grado que en cada caso se indica y acreditar la experiencia señalada para cada

cargo.” (En ninguno está en negrilla en el texto original).

33 Cfr. C-427 de septiembre 12 de 1996 y C -447 de septiembre 18 de 1997 M. P. Alejandro Martínez Caballero y C-228 de abril 3 de 2002, Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

34 C-311 de abril 30 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

36 Cfr., C-074 de 2007 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) y C-111 de 2007 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), entre mucha otras.