

C-445-98

Sentencia C-445/98

## PECULADO EN CODIGO PENAL Y PENAL MILITAR

El delito de peculado se encuentra establecido en el código penal común y en el código penal militar dentro del capítulo referente a los delitos contra la administración pública, siendo de interés advertir que las específicas conductas que lo configuran y, en oportunidades también el tratamiento punitivo coinciden en los dos ordenamientos, a punto tal que el legislador utiliza la misma redacción. El código penal militar contiene, además, dos tipos de peculado que no aparecen en el código penal ordinario y que, por ende, constituyen variaciones adaptadas al contexto de las funciones encomendadas a la fuerza pública: el peculado sobre bienes de dotación y el peculado por demora en entrega de armas y municiones.

## CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL-Igualdad en Código Penal y Penal Militar

La exclusión del beneficio de la condena de ejecución condicional por el código penal militar plantea un problema de igualdad, por cuanto para idénticas conductas, en el régimen del código penal ordinario está prevista la concesión del beneficio. La Corte advierte que en ambos códigos existe identidad en la conducta reprochable y en el bien protegido, mediando, de acuerdo con lo expuesto, una primera diferencia consistente en que en el caso del código penal militar se incurre en estos delitos en relación con el servicio encomendado a la fuerza pública, criterio funcional que, en sentir de la Corporación, no alcanza a justificar el tratamiento diverso, pues el bien jurídico tutelado no goza de una especial cualificación que lo haga más importante, por la simple vinculación con las tareas propias de la fuerza pública. Las conductas son la mismas, y que la igualdad en las penas previstas para cada una de ellas denota, en cada caso, una protección de idéntico bien jurídico que no es distinta en ninguno de los dos códigos.

## PECULADO POR APROPIACION-Violación de la igualdad punitiva

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

## UNIDAD NORMATIVA-Aplicación

Con miras a esclarecer el problema y habida cuenta de que el artículo 19 de la ley 190 de 1995 solamente modificó en forma expresa el artículo 133 del código penal común y sin que sea dable entender que derogó y sustituyó el pertinente artículo del código penal militar, la Corte no encuentra alternativa distinta a integrar la unidad normativa con el artículo 189 de este último, que consagra el peculado por apropiación, asignándole, según lo visto, penas distintas a las previstas para idéntico tipo en el código penal ordinario.

PECULADO CULPOSO-Exclusión de condena de ejecución condicional en Código Penal Militar

PECULADO SOBRE BIENES DE DOTACION-Tratamiento diferente en la pena/CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL-Procedencia

La Corte no acierta a discernir la razón por la cual, tratándose del peculado sobre bienes de dotación, el tratamiento pudiera ser diferente, debiendo afirmar, entonces, que al igual que las restantes modalidades, el peculado previsto en el artículo 190 del código penal militar admite la figura de la condena de ejecución condicional, claro está con los requisitos y en las condiciones legales. El aserto que se deja expresado se halla además corroborado por la jurisprudencia que la Corporación ha producido acerca del derecho a la libertad. Es imposible soslayar que la posibilidad de que exista o no el beneficio de la condena de ejecución condicional toca directamente con la libertad personal, derecho capital en el nuevo orden superior, cuya restricción ha de venir claramente establecida en la ley, de manera que no sea el resultado de complicados ejercicios interpretativos a cargo de la autoridad llamada a aplicar las medidas restrictivas. La Corte no encuentra una razón lo suficientemente poderosa como para justificar ese trato desigual. Por las consideraciones precedentes ya se ha descartado la justificación fincada en la constatación elemental de que se trata de dos tipos de peculado diferentes y, en sentir de la Corporación, tampoco es de recibo sostener que la punición más severa que se advierte en el peculado sobre bienes de dotación constituye una justificación objetiva y razonable. No se ve por qué, entonces, una mayor punición deba ser interpretada en el delito de peculado sobre bienes de dotación como indicativa de que no procede en relación con esta conducta la condena de ejecución condicional. A juicio de la Corte, en cuanto toca con el delito de peculado, la mayor severidad de las penas o el propósito de “mayor protección” son independientes de la regulación sobre el subrogado de la condena de ejecución condicional.

PRINCIPIO PRO LIBERTATE-Aplicación

Es menester tener en cuenta que, merced a la fuerza expansiva del derecho a la libertad y de la aplicación del principio pro libertate, entre dos interpretaciones, una de las cuales reduce las posibilidades del derecho mientras que la otra contribuye a potenciarlo, ha de preferirse la que permite el goce y el ejercicio cabal del derecho sobre aquella que lo anula o lo restringe.

Referencia: Expediente D-1931

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 62, numeral 3º, (parcial) del Código Penal Militar.

Actor: Eduardo Javier Lucero Monroy

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiseis (26) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano EDUARDO JAVIER LUCERO MONROY solicitó a esta Corporación la declaración de inexequibilidad de la expresión “ni de peculado”, contenida en el numeral 3º del artículo 62 del Código Penal Militar.

Por auto del 2 de febrero de 1998, el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda y ordenó su fijación en lista, el traslado del expediente al señor Procurador General de la Nación para efectos de recibir el concepto fiscal de su competencia y enviar las comunicaciones respectivas al señor Presidente de la República y a los señores ministros de Justicia y del Derecho y de Defensa Nacional.

Una vez cumplidos todos los trámites propios de esta clase de actuaciones, procede la Corte a decidir.

Se transcribe a continuación el artículo 62 del Código Penal Militar, destacando el segmento acusado:

“TITULO III

“CAPITULO III

“DE LA CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

“ARTICULO 62. Concepto. En la sentencia condenatoria de primera, de segunda o de única instancia, el juez podrá, de oficio o a petición del interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

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

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

“3. Que no se trate de delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor militar o policial, contra los bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de las Fuerzas Armadas o de la inutilización voluntaria, ni de peculado”.

## III. LA DEMANDA

Según el demandante existen delitos que por virtud de lo que se podría denominar “un

paralelismo legal” se encuentran establecidos tanto en el Código Penal Militar como en el Código Penal ordinario, evento en el cual, a su juicio, se impone un tratamiento jurídico idéntico.

El artículo 62 del Código Penal Militar se refiere a una serie de conductas eminentemente militares, resultando fuera de contexto la mención que la norma hace del peculado, pues este delito es común y carece, por ende, de naturaleza militar.

Con fundamento en las anteriores premisas, considera el demandante que la preceptiva acusada es fuente de una odiosa discriminación, ya que no se entiende por qué el beneficio de la condena de ejecución condicional no opera en el caso del peculado, siendo que está previsto para delitos más graves.

Estima el actor que la discriminación también tiene su origen en la distinta regulación que del tema contienen el Código Penal Militar y el Código Penal ordinario, pues el primero niega el beneficio de la condena de ejecución condicional, mientras que el segundo no lo descarta.

Sostiene el demandante que la diferencia entre ambas legislaciones tendría por todo sustento la condición de militar, lo cual, en su criterio, genera discriminación, ya que, en razón de esa regulación divergente, “surge un tratamiento desigual para el peculado que comete un miembro de la fuerza pública, respecto del que comete otro servidor público cualquiera, desigualdad que se marca en los artículos 62 del Código Penal Militar y 68 del Código Penal ordinario, toda vez que la primera norma prohíbe expresamente la condena de ejecución condicional, cualquiera sea la pena impuesta, al paso que la segunda autoriza el referido sustituto penal, siempre que la sanción sea menor de tres años de prisión”.

#### IV. INTERVENCIONES OFICIALES

1. En memorial dirigido al Magistrado Sustanciador, dentro del término legal, el ciudadano ALVARO NAMEN VARGAS, actuando como apoderado del Ministro de Justicia y del Derecho, solicitó a esta Corporación declarar exequible la normatividad impugnada.

Afirma el interviniente que la mención del delito de peculado en el artículo 62 del Código Penal Militar no resulta extraña a ese cuerpo normativo, por cuanto se trata “de una conducta delictuosa que puede llegar a ser cometida por los integrantes de la fuerza pública en servicio activo o en relación con el mismo”.

La regulación que del peculado hace el Código Penal Militar, en opinión del interviniente, obedece a las competencias del legislador y se ajusta en todo a la igualdad, debido a que “No puede darse igual trato a los integrantes de la fuerza pública responsables de la comisión del delito de peculado, que a otro servidor público que sin tener esa condición cometa ese mismo hecho punible, debiéndose tomar en cuenta que por voluntad del Constituyente, y del legislador, se determinó darle una prevalente y especial protección a los bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, consagrando para tal efecto disposiciones que permitan exigirles a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, que sean destinatarios del régimen castrense, que respondan ante la sociedad -disciplinaria y penalmente-, por la indebida apropiación, el mal uso o la aplicación diferente que hagan de dichos bienes”.

2. La abogada CLAUDIA PATRICIA CACERES CACERES, actuando como apoderada del señor ministro de Defensa Nacional defiende la constitucionalidad de la preceptiva acusada, bajo el entendimiento de que al legislador le corresponde regular la punibilidad y de que aún cuando se trata del mismo bien protegido, “el sujeto activo difiere sustancialmente, por cuanto las especiales funciones que constitucionalmente se han atribuido a los miembros de la fuerza pública justifican que el legislador les exija una conducta más decorosa frente a la administración”.

## I. EL MINISTERIO PUBLICO

Habiéndose aceptado el impedimento que en su oportunidad manifestó el señor Procurador general de la Nación, correspondió rendir el concepto fiscal al señor Viceprocurador General, quien solicitó a la Corte declarar la inconstitucionalidad del segmento demandado.

En primer término advierte el señor Viceprocurador que de acuerdo con el ámbito de aplicación definido en el artículo 14 del Código Penal Militar, su especialidad no impide que cobije ciertos hechos considerados también delitos comunes, situación que tiene sustento constitucional, toda vez que el artículo 221 superior, al referirse al fuero penal militar, alude a los delitos, sin distinguir entre ellos.

Señala el señor Viceprocurador que los delitos comunes incorporados en el Código Penal Militar deben estar estrechamente vinculados con el servicio que, constitucional y legalmente, corresponde desarrollar a la fuerza pública y añade que, siendo así, no se encuentra comprometida la constitucionalidad de la regulación de ciertos delitos comunes en el Código Penal militar.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### Primera. La Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241.5 de la Constitución Política.

### Segunda. La materia

1. El artículo 14 del Código Penal Militar establece que “Las disposiciones de este código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio...”.

La constitucionalidad de la anterior disposición fue examinada por esta Corte que la encontró ajustada a la Carta, señalando, de conformidad con reiterada jurisprudencia, que el Código Penal Militar no sólo consagra hechos punibles de índole militar, sino que también hace el reenvío a determinados tipos penales previstos en la legislación penal ordinaria o simplemente recoge en su articulado ciertos delitos comunes en los que pueden incurrir los miembros de la fuerza pública, “al cumplir la misión o servicio que les ha sido asignado”, introduciendo regulaciones idénticas a las plasmadas en el código penal ordinario.<sup>1</sup>

2. El reenvío a la legislación penal ordinaria o el traslado literal de tipos penales comunes al Código Penal Militar deben tener como fundamento la “relación directa del supuesto criminal con la prestación del servicio militar o policial”, es decir, ha de tratarse de tipos penales comunes que admitan la eventualidad de que los miembros de la fuerza pública los violen al cumplir las misiones inherentes al servicio que prestan, pues la falta de esa estricta relación con el servicio conduciría a extender el fuero penal militar más allá de sus límites constitucionales, convirtiéndolo en una especie de privilegio estamental.<sup>2</sup>

3. En este sentido, la Corporación ha indicado que “La justicia penal militar está montada sobre dos elementos que se equilibran mutuamente: uno de carácter personal -miembro de la fuerza pública en servicio activo- y otro, de índole funcional -relación del delito con un acto del servicio-“, sin que le sea permitido al legislador “alterar ese equilibrio”.<sup>3</sup>

Así pues, dado que “el servicio público no agota ni concentra todo el quehacer del miembro de la fuerza pública”, la totalidad de sus actuaciones no se encuentra cobijada por el fuero castrense, tornándose “imperioso distinguir qué actos u omisiones se imputan a dicho sujeto como miembro activo del cuerpo militar o policial, y cuáles se predicen de su actividad propia y singular como persona y ciudadano ordinario”, ya que, “la extensión del fuero penal militar a conductas que están más allá de los delitos estrictamente relacionados con el servicio representa una vulneración a la limitación que impuso el Constituyente al ámbito de aplicación de la justicia penal militar...”.<sup>4</sup>

4. Ahora bien, en ocasiones, los tipos penales comunes se incorporan en el Código Penal Militar pero variándolos mediante la consagración de algunos elementos o circunstancias, “con el objeto de adaptarlos al contexto de la función militar o policiva”, en cuyo caso y al igual que tratándose de los delitos típicamente militares, “tanto el elemento personal como el funcional (...) son forzosamente estimados por el juez, habida cuenta de que la norma penal los involucra conjuntamente”.<sup>5</sup>

En cuanto al peculado por extensión la redacción del código penal militar involucra elementos inherentes al servicio que presta la fuerza pública, estableciéndose así una diferencia con la regulación que del mismo delito trae el código penal común.

El código penal militar contiene, además, dos tipos de peculado que no aparecen en el código penal ordinario y que, por ende, constituyen variaciones adaptadas al contexto de las funciones encomendadas a la fuerza pública: el peculado sobre bienes de dotación y el peculado por demora en entrega de armas y municiones.

6. El actor expone en su demanda que en materia de peculado existe un tratamiento diferenciado entre el código penal común y el código penal militar a propósito de la condena de ejecución condicional, por cuanto el primero otorga el subrogado mientras que el segundo, en su artículo 62-3 lo niega, desconociendo que el peculado carece del carácter eminentemente militar que sí tiene el resto de los delitos enunciados en la norma citada, como por ejemplo, aquellos que atentan contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor militar o policial o contra la seguridad de las fuerzas armadas.

7. El último de los aspectos, esto es, el relativo a la naturaleza militar o no militar de la conducta punible, ha quedado dilucidado en párrafos anteriores, bastando ahora reiterar que

el miembro de la fuerza pública, en relación con el cumplimiento de las funciones que le atañen, puede quedar incurso no sólo en hechos punibles típicamente militares, sino también en delitos comunes que por virtud de esa relación con el servicio caen bajo la órbita de la jurisdicción especializada.

Así las cosas, se detendrá la Corte en la acusación fundada en la presunta vulneración del derecho a la igualdad derivada del posible tratamiento diverso que, en criterio del demandante, la legislación penal ordinaria y el código penal militar conceden al beneficio de la condena de ejecución condicional.

8. Al respecto conviene recordar que el objeto de la condena de ejecución condicional consiste “en brindar al condenado la oportunidad de que en su caso y bajo ciertas condiciones, considerando sus rasgos personales y las características del hecho punible, pueda dejar de ejecutarse la condena, primero a manera de prueba durante un tiempo determinado y luego definitivamente, si las condiciones exigidas se cumplen”.<sup>6</sup>

En el artículo 68 del Código Penal dispone que en la sentencia condenatoria “de primera, segunda o única instancia, el juez podrá de oficio o a petición del interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años”, siempre que “la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres (3) años de prisión” y “que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario”.

De igual manera, en el título dedicado a la punibilidad, el artículo 62 del Código Penal militar regula la institución añadiéndole un requisito: “Que no se trate de delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor militar o policial, contra los bienes del estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de las Fuerzas Armadas o de la inutilización voluntaria, ni de peculado”.

Por lo demás, la regulación que de la figura traen los dos códigos es idéntica. En efecto, en ambos se faculta al juez para exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes y se le ordena imponer al condenado las obligaciones de informar todo cambio de residencia, ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos; reparar los daños ocasionados por el delito, salvo demostración de imposibilidad; abstenerse de consumir bebidas alcohólicas, someterse a la vigilancia de las autoridades o presentarse periódicamente ante ellas y observar buena conducta; obligaciones todas que deben garantizarse mediante caución que se hará efectiva si durante el período de prueba el condenado comete nuevo delito o viola cualquiera de las obligaciones impuestas, en cuyo caso, además, se ejecutará la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión, no habiendo lugar a nada de ello si el período de prueba transcurre y el condenado no incurre en nuevo delito ni viola las obligaciones impuestas, evento en el cual “la condena queda extinguida, previa resolución judicial que así lo determine”.

9. El subrogado de la condena de ejecución condicional es un beneficio y, según la Corte, “constituye un derecho del condenado si las condiciones se cumplen”<sup>7</sup> y, dado que en decantada jurisprudencia la Corporación ha insistido en que el tratamiento punitivo de los delitos comunes incorporados en el código penal militar ha de tener correspondencia con el que se les dispensa en el código penal común, conviene examinar el asunto tomando en

consideración, por ahora, más que la conducta genérica, las distintas modalidades de peculado.

10. Un examen de las diversas especies permite observar, en primer término, que tratándose del peculado por uso, del peculado por error ajeno y del peculado por aplicación oficial diferente, las regulaciones hechas en los dos códigos coinciden tanto en la descripción de la conducta típica como en el monto de la pena de prisión que ha de imponerse que, en ambos códigos, es de uno a cuatro años para el primero de los delitos, de uno a tres años para el segundo y de seis meses a tres años para el tercero.

Siendo así las cosas, la exclusión del beneficio de la condena de ejecución condicional por el código penal militar plantea un problema de igualdad, por cuanto para idénticas conductas, en el régimen del código penal ordinario, bajo las condiciones a las que más arriba se aludió, está prevista la concesión del beneficio.

Al respecto, conviene recordar que esta Corte ha insistido en que “Tratándose de delitos comunes recogidos literalmente en el código penal militar, ciertamente no existe razón alguna para que el principio de igualdad no sea objeto de análisis y detenida ponderación”.<sup>8</sup>

La Corte advierte que en ambos códigos existe identidad en la conducta reprochable y en el bien protegido, mediando, de acuerdo con lo expuesto, una primera diferencia consistente en que en el caso del código penal militar se incurre en estos delitos en relación con el servicio encomendado a la fuerza pública, criterio funcional que, en sentir de la Corporación, no alcanza a justificar el tratamiento diverso, pues el bien jurídico tutelado no goza de una especial cualificación que lo haga más importante, por la simple vinculación con las tareas propias de la fuerza pública.

La cuestión no surge así de la Constitución ni de la ley, pues de haber considerado el legislador al expedir el código penal militar que, por alguna circunstancia, se hallaba ante bienes jurídicos que, pese a ser los mismos protegidos por el código penal ordinario, cobraban mayor entidad, razonablemente habría consagrado en el código penal militar penas superiores a las establecidas en el código penal común en lugar de haber dejado librada la necesidad de mayor protección a figuras que, como la condena de ejecución condicional, comportan cierto margen de apreciación judicial y que, como se verá, en ocasiones proceden con independencia de ese propósito de mayor protección y de la mayor severidad con que se repriman ciertos hechos punibles.

La Corte observa que las conductas son la mismas, y que la igualdad en las penas previstas para cada una de ellas denota, en cada caso, una protección de idéntico bien jurídico que no es distinta en ninguno de los dos códigos.

De otra parte, la segunda diferencia radica en el sujeto activo de los referidos delitos, que tratándose del código penal militar lo es un miembro de la fuerza pública, situación que, a juicio de la Corte, tampoco alcanza a justificar la exclusión del beneficio, ya que si bien es cierto que el criterio personal no puede ser tomado como pretexto para generar privilegios, también lo es que no resulta viable su consideración para introducir un tratamiento discriminatorio en contra de los integrantes de la fuerza pública.

Así las cosas, en relación con los tipos penales examinados la diferencia de trato suscitada alrededor de la condena de ejecución condicional carece de justificación objetiva y razonable.

11. Especial atención merece el delito de peculado por apropiación debido a que a una conducta que, en líneas generales es descrita en iguales términos por ambos códigos, por virtud de la modificación contemplada en el artículo 19 de la ley 190 de 1995 es sancionada con mayor rigor en el código penal común que en el código penal militar, pues mientras que en el primero se prevé pena de prisión “de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años”, en el segundo se consagra pena de “prisión de dos (2) a diez (10) años y multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.

Del mismo modo, el código penal común disminuye la pena de la mitad a las tres cuartas partes si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la aumenta en la mitad cuando lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales vigentes, mientras que el código penal militar se limita a prescribir que “cuando el valor de lo apropiado pase de quinientos mil pesos, la pena será de cuatro (4) a quince (15) años de prisión, multa de veinte mil a un millón de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a diez (10) años”.

La manifiesta disparidad punitiva no es irrelevante al momento de decidir sobre la disposición acusada en la presente causa, debido a que procediendo la condena de ejecución condicional, en el régimen de los dos códigos, cuando la pena de prisión impuesta no exceda de tres (3) años, es claro que, por ejemplo, en razón del mínimo establecido en el código penal común, que es de seis (6) años, no cabría la aplicación la figura, en tanto que sí habría lugar a ella de conformidad con el monto punitivo plasmado en el código penal militar, cuyo mínimo es de dos (2) años.

Ya esta Corte ha puesto de manifiesto que “justamente, cuando ocurren desfases normativos entre los dos regímenes, ya sea porque la ‘copia’ pierde actualidad a raíz de ulteriores reformas legales producidas en la legislación ordinaria, o simplemente en razón de que el delito común se sanciona de manera diversa en el Código Penal Militar, se suscita un problema de igualdad que debe ser puntualmente esclarecido por la jurisdicción constitucional”.<sup>9</sup>

Con miras a esclarecer el problema y habida cuenta de que el artículo 19 de la ley 190 de 1995 solamente modificó en forma expresa el artículo 133 del código penal común y sin que sea dable entender que derogó y sustituyó el pertinente artículo del código penal militar, la Corte no encuentra alternativa distinta a integrar la unidad normativa con el artículo 189 de este último, que consagra el peculado por apropiación, asignándole, según lo visto, penas distintas a las previstas para idéntico tipo en el código penal ordinario.

Siguiendo en este punto su jurisprudencia, la Corte destaca la identidad del bien jurídico protegido y de la descripción de la conducta típica, aspectos estos que no sufren alteración por la circunstancia de que el agente sea un civil o un miembro de la fuerza pública, en cuyo caso la relación directa de su actuar con el servicio militar o policial “sólo será relevante para

determinar la jurisdicción aplicable, que es un posterius...".10

Obligada consecuencia del anterior predicado es que "Si bajo los aspectos relevantes, las dos situaciones son iguales, el tratamiento diferenciado es inaceptable" y, por lo tanto, "la Corte concluye que en relación con los delitos comunes contemplados en el Código Penal Militar, éste no puede, sin violar el principio de igualdad en materia punitiva, imponer penas principales inferiores a las previstas en la legislación penal ordinaria".11

Se impone, entonces, la declaración de inexecutable de las expresiones del artículo 189 del Código Penal Militar que se ocupan de fijar las penas imponibles cuando se incurra en el delito de peculado por apropiación, siendo pertinente reiterar que, "por razones elementales de integración normativa, las penas serán las que se establecen en las normas respectivas del Código Penal".12

Merced a la declaración de inexecutable, que se traduce en la igualación de las penas, para el peculado por apropiación el quantum de la de prisión es de seis (6) a quince (15) años, razón por la cual, en principio, no procede la concesión de la condena de ejecución condicional.

Sin embargo, debe dejarse a salvo la hipótesis prevista en el inciso segundo del artículo 133 del Código Penal común, en la forma en que fue modificado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995, de conformidad con cuyas voces, "Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes", pues su aplicación puede dar lugar a que se configuren los supuestos que hacen posible la concesión del beneficio de la condena de ejecución condicional y, de ser así, una distinción entre los dos códigos también carecería de justificación objetiva y razonable.

12. En relación con el peculado culposo, tanto el código penal militar como el código penal común sancionan la conducta con "arresto de seis (6) meses a dos (2) años", al paso que en ambos se consagra como primer requisito para la operancia de la condena de ejecución condicional "que la pena impuesta sea de arresto", lo cual implica que en el régimen del Código penal ordinario procede el beneficio, mientras que por obra de la expresión demandada el Código Penal Militar lo excluye, sin que haya, conforme a las explicaciones precedentes, motivo valedero para la distinción, máxime cuando la descripción de la conducta típica es idéntica.

13. En lo que tiene que ver con el peculado por extensión, como más arriba se anotó, el delito aparece en los dos códigos y pese a que el artículo 20 de la ley 190 de 1995 modificó el artículo 138 del código penal ordinario, la Corte estima que no es procedente efectuar un análisis similar al que se acaba de hacer respecto del peculado por apropiación, por dos motivos, a saber: la regulación del código penal militar contiene referencias a cuestiones propias de la fuerza pública, pues alude a bienes administrados o custodiados "pertenecientes a casinos, cámaras de oficiales, suboficiales y agentes, tiendas de soldados o de agentes de la Policía Nacional" y en estas condiciones la equiparación no es tan exacta (i) y, de otra parte, en cuanto al aspecto punitivo se echa de menos la disparidad, ya que en

ambos códigos existe una remisión “a las penas previstas en los artículos anteriores”, de donde resulta que son válidos en este caso los comentarios que al examinar las otras modalidades se han hecho a propósito de la operancia de la condena de ejecución condicional (ii).

14. Resta el análisis de las modalidades de peculado adaptadas a las funciones encomendadas a la fuerza pública y que, en estricto sentido, no tienen equivalente en el código penal común. La primera de esas modalidades es el peculado sobre bienes de dotación en el que, según el artículo 190 del código penal militar, incurre quien “con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo o de sus deberes oficiales, se apropie en provecho suyo o de un tercero de cosa mueble ajena que se la haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio...”.

La pena prevista es la de prisión de “uno (1) a cinco (5) años, que “se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el hecho se cometiere: 1. Sobre armas de fuego, municiones o explosivos de uso privativo de las Fuerzas Armadas y 2. En caso de depósito necesario”.

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

La anterior conclusión encuentra refuerzo si se repara en el monto de la pena de prisión que es mayor a la contemplada para otras modalidades de peculado, previéndose, incluso, su aumento en las dos hipótesis que se dejan reseñadas, lo cual, prima facie, conduciría a sostener que el legislador quiso otorgarle una mayor protección al bien jurídico tutelado, descartando, con un propósito disuasivo y merced a la importancia del bien protegido, la operancia del beneficio de la condena de ejecución condicional.

No desconoce la Corte las circunstancias que se acaban de mencionar en los párrafos anteriores, empero, tampoco puede perder de vista que el delito consagrado en el artículo 190 del código penal militar es una de las modalidades de peculado que, en cuanto especie y al margen de ciertas características peculiares, contiene los elementos que lo identifican como perteneciente al género, elementos que permiten relacionarlo con las otras modalidades de peculado, con las que, a no dudarlo, comparte una esencia común.

Siendo así las cosas, la apreciación del principio de igualdad se traslada a la comparación de los diversos tipos de peculado y aún cuando no puede pretenderse que el legislador le otorgue un tratamiento idéntico a todos los tipos agrupados bajo ese género, porque de hecho, las conductas, al lado de lo común, contienen elementos que las singularizan, la Corte, más allá de los ingredientes que divergen y estando de por medio la libertad, se ve precisada a realizar un análisis exhaustivo que, adicionalmente, tome en consideración lo que de común tienen los diversos tipos delictivos consagrados en el capítulo del peculado.

Si el énfasis lo pone la Corte en aquellos elementos que permiten la singularización de cada uno de los tipos de peculado surgiría la ineluctable conclusión de que el peculado sobre bienes de dotación está al margen del subrogado de la condena de ejecución condicional y, que por reunir características especiales no presentes en las restantes modalidades, sería de todos los tipos de peculado analizados el único que no admitiría el beneficio.

Por el contrario, si el acento se pone en aquello que tienen en común las distintas modalidades de peculado la respuesta que se desprende es diferente, ya que no resultaría extraño que un beneficio viable para otras modalidades se predicara de una más.

La opción por una de las dos interpretaciones ha de ser el resultado del análisis propuesto en esta misma sentencia y en la jurisprudencia relativa al derecho a la libertad personal.

Tomando en cuenta el análisis adelantado en esta sentencia a propósito de otras modalidades de peculado, con claridad se detecta que en todos aquellos tipos del código penal común y del código penal militar en los que se reúnen los requisitos que hacen operante la condena de ejecución condicional se ha considerado que la figura debe operar, con independencia de la prohibición que aparece en el artículo demandado, cuya inconstitucionalidad es evidente por la violación del principio de igualdad.

Repárese en que a esa conclusión sobre la necesidad de un tratamiento igual ha arribado la Corte sin detenerse a considerar las diferencias que median entre el peculado por uso y el peculado por error ajeno o el peculado por destinación oficial diferente, de donde se desprende que el énfasis está puesto en aquello que de común tienen las figuras, porque si de la apreciación de las peculiaridades de cada una de las especies se hubiere tratado otro ha debido ser el análisis y otras las conclusiones, máxime cuando la comparación se efectuó entre disposiciones de dos códigos diferentes.

A su turno, el legislador, al prever el beneficio en el código penal ordinario, estableció unos requisitos y entre ellos no figura la estimación de las circunstancias o situaciones especiales que caracterizan a cada una de las modalidades del peculado, sino que, haciendo abstracción de estas peculiaridades contempló la institución para los diversos tipos de peculado, siempre que se satisfagan las condiciones que hacen posible su operancia, y lo propio cabe afirmar del código penal militar que aún cuando inconstitucionalmente excluyó la condena de ejecución condicional en el caso del delito de peculado, lo hizo para todas las modalidades sin prever excepciones fincadas en las específicas connotaciones de alguna de ellas.

Siendo así las cosas, la Corte no acierta a discernir la razón por la cual, tratándose del peculado sobre bienes de dotación, el tratamiento pudiera ser diferente, debiendo afirmar, entonces, que al igual que las restantes modalidades, el peculado previsto en el artículo 190 del código penal militar admite la figura de la condena de ejecución condicional, claro está con los requisitos y en las condiciones legales.

El aserto que se deja expresado se halla además corroborado por la jurisprudencia que la Corporación ha producido acerca del derecho a la libertad. Es imposible soslayar que la posibilidad de que exista o no el beneficio de la condena de ejecución condicional toca directamente con la libertad personal, derecho capital en el nuevo orden superior, cuya restricción ha de venir claramente establecida en la ley, de manera que no sea el resultado

de complicados ejercicios interpretativos a cargo de la autoridad llamada a aplicar las medidas restrictivas.

Esa es una importante razón que milita en favor de la conclusión a la que la Corte ha arribado; pero, aún si se tratara de la interpretación, es menester tener en cuenta que, merced a la fuerza expansiva del derecho a la libertad y de la aplicación del principio pro libertate, entre dos interpretaciones, una de las cuales reduce las posibilidades del derecho mientras que la otra contribuye a potenciarlo, ha de preferirse la que permite el goce y el ejercicio cabal del derecho sobre aquella que lo anula o lo restringe.

Obsérvese a este propósito que la conducta constitutiva del delito de peculado por extensión se encuentra descrita de manera diferente en el código penal ordinario y en el código penal militar, situación que no se erige en obstáculo para predicar que la posibilidad de decretar la condena de ejecución condicional está abierta en ambos eventos, siendo relevante que los dos códigos remiten a “las penas previstas en los artículos anteriores”, que son las mismas en uno y en otro ordenamiento.

Examinada la cuestión desde la perspectiva de la punibilidad se llega a una conclusión acorde con la ya obtenida por la Corte. En efecto, si sólo en relación con el delito de peculado sobre armas de dotación se sostuviera la constitucionalidad de la disposición que excluye el beneficio de la condena de ejecución condicional, bajo el entendimiento de que este delito no tiene equivalente en el código penal ordinario, un tratamiento discriminatorio surgiría como indispensable corolario.

Para demostrarlo basta suponer que un miembro de la fuerza pública es condenado por el delito de peculado sobre bienes de dotación a una pena de prisión que no exceda de tres años, mientras que un colega suyo o un civil es condenado a una pena de prisión de idéntico monto por el delito de peculado por uso. En la primera hipótesis no habría lugar a conceder la condena de ejecución condicional, mientras que en la segunda estaría abierta la posibilidad en presencia de los requisitos restantes.

La Corte no encuentra una razón lo suficientemente poderosa como para justificar ese trato desigual. Por las consideraciones precedentes ya se ha descartado la justificación fincada en la constatación elemental de que se trata de dos tipos de peculado diferentes y, en sentir de la Corporación, tampoco es de recibo sostener que la punición más severa que se advierte en el peculado sobre bienes de dotación constituye una justificación objetiva y razonable.

Si ello fuera así, desde el punto de vista de la punibilidad, sería imposible explicar por qué el subrogado de la condena de ejecución condicional opera en el caso del peculado por uso y también tratándose del peculado por error ajeno y del peculado por aplicación oficial diferente, pese a que para el primero de los delitos citados el máximo de la pena de prisión está fijado en cuatro años, mientras que para los otros dos delitos apenas alcanza a los tres años. De conformidad con semejante interpretación en el peculado por uso no tendría razón de ser el beneficio comentado.

Si el asunto pretendiera explicarse en términos de la “mayor protección” que, gracias a la previsión de penas más severas, el legislador hubiera querido brindarle al bien jurídico tutelado o en términos de “gravedad” del hecho punible, la conclusión no sería diferente, no

sólo porque en todos los tipos del peculado subyace el propósito de resguardar la administración pública, sino porque esa “mayor protección” a tono con la gravedad del hecho punible, quedaría a cubierto con la imposición de una pena de prisión más severa que, en el evento de exceder los tres años, impediría la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Es lo que acontece, por ejemplo, con el peculado por uso, delito en relación con el cual y conforme a lo reiteradamente expuesto cabe la condena de ejecución condicional y sin embargo, podría darse el caso de que no hubiese lugar a conceder el beneficio cuando la pena de prisión impuesta exceda de tres años, lo que puede acontecer dado que el máximo está fijado en cuatro años.

No se ve por qué, entonces, una mayor punición deba ser interpretada en el delito de peculado sobre bienes de dotación como indicativa de que no procede en relación con esta conducta la condena de ejecución condicional. A juicio de la Corte, en cuanto toca con el delito de peculado, la mayor severidad de las penas o el propósito de “mayor protección” son independientes de la regulación sobre el subrogado de la condena de ejecución condicional.

1. Finalmente, respecto del peculado por demora en entrega de armas o municiones, previsto en el artículo 191 del código penal militar, la Corte advierte que está penado con arresto de seis meses a dos años y que operando el beneficio de la condena de ejecución condicional cuando “la pena impuesta sea de arresto”, se presenta, por estos aspectos, una coincidencia con el peculado culposo, de modo que la restricción introducida por la preceptiva cuestionada tampoco encuentra justificación.

Entenderlo de otra manera comportaría un palmario desconocimiento del principio de igualdad, pues si se mantuviera la exclusión del subrogado analizado solo para este delito, podría acontecer que se le concediera el beneficio a un sujeto condenado a 3 años de prisión por otro tipo de peculado, mientras que no sería posible concederle al condenado a seis (6) meses o a dos (2) años de arresto por el delito de peculado por demora en entrega de armas o municiones.

16. En razón de todos los argumentos consignados, la expresión “ni de peculado” contenida en el numeral 3º del artículo 62 del código penal militar es inexecutable y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

## VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

Primero. Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “...incurrirá en prisión de dos (2) a diez (10) años y multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años”, contenidas en el artículo 189 del Código Penal Militar, y también

el inciso final del mismo artículo, bajo el entendimiento de que las penas para las conductas por él descritas son las consagradas en el artículo 133 del Código Penal ordinario, en la forma en que fue modificado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995.

Segundo. Declarar INEXEQUIBLE la expresión “ni de peculado” contenida en el numeral 3º del artículo 62 del Código Penal Militar.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL HACE CONSTAR QUE:

El H. Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo, no suscribe la presente providencia, por encontrarse con permiso debidamente autorizado.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-445/98

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Vulneración/FUERZA PUBLICA-Exigencia de conducta más rigurosa frente a sus actuaciones (Aclaración de voto)

Aunque estoy de acuerdo con la parte resolutive de la misma por medio de la cual se declaró la inexecutable del precepto acusado, en razón a la discriminación existente en relación con la regulación adoptada por el Código Penal ordinario acerca de la suspensión de la ejecución condicional de la sentencia condenatoria de primera, de segunda o de única instancia, susceptible de ser decretada, por el juez del conocimiento, de oficio o a petición del interesado, lo que genera ante el tratamiento punitivo una clara violación al principio de la igualdad, ello debe entenderse sin perjuicio de la exigencia de la conducta más rigurosa frente a las actuaciones que corresponden a los miembros de la Fuerza Pública en el ejercicio de sus funciones, dadas las primordiales finalidades asignadas a ésta en los ordenamientos constitucionales, que justifican la adopción de regulaciones especiales.

Referencia : Expediente D-1931

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 62 del Código Penal.

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORÓN DIAZ

El suscrito Magistrado formuló aclaración de voto con respecto de la sentencia dictada en el proceso de la referencia, por considerar que aunque estoy de acuerdo con la parte resolutive de la misma por medio de la cual se declaró la inexecutable del precepto acusado, en razón a la discriminación existente en relación con la regulación adoptada por el Código Penal ordinario acerca de la suspensión de la ejecución condicional de la sentencia condenatoria de primera, de segunda o de única instancia, susceptible de ser decretada, por el juez del conocimiento, de oficio o a petición del interesado, lo que genera ante el tratamiento punitivo una clara violación al principio de la igualdad, ello debe entenderse sin perjuicio de la exigencia de la conducta más rigurosa frente a las actuaciones que corresponden a los miembros de la Fuerza Pública en el ejercicio de sus funciones, dadas las primordiales finalidades asignadas a ésta en los ordenamientos constitucionales, que justifican la adopción de regulaciones especiales.

Fecha ut supra,

Magistrado

1 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-561 de 1997. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

2 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-358 de 1997. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 Ibídem.

4 Ibídem.

5 Ibídem

6 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-008 de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

7 Ibídem.

8 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-358 de 1997. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Ibídem.

10 Ibídem.

11 Ibídem.

12 Ibídem.