Sentencia C-533/08

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OBJECION PRESIDENCIAL-Insistencia de las Cámaras como presupuesto de procedibilidad

La decisión de la Corte respecto de las objeciones está encaminada a dirimir la controversia entre el Ejecutivo y el Legislativo sobre la constitucionalidad de un determinado proyecto de ley. Por lo tanto, es la insistencia de las Cámaras el presupuesto de procedibilidad para que la Corte tenga competencia en el análisis de exequibilidad del proyecto objetado.

REQUISITO DE ANUNCIO PREVIO DE VOTACION EN TRAMITE LEGISLATIVO-Uso de la expresión "proyectos para anunciar"/REQUISITO DE ANUNCIO PREVIO DE VOTACION EN TRAMITE LEGISLATIVO-Finalidades

La Corte ha considerado que la expresión proyectos para anunciar cumple con el requisito constitucional pues no es necesario emplear determinadas expresiones lingüísticas para realizar el aviso por cuanto lo relevante es que transmitan inequívocamente la intención de someter a votación un determinado proyecto. El citado requisito cumple dos (2) finalidades específicas: la primera, consistente en permitir conocer con la debida anticipación los proyectos de ley que serán objeto de votación para así evitar sorprender a los congresistas con votaciones intempestivas y, la segunda, al perseguir garantizar a la ciudadanía y organizaciones sociales que tengan interés en los proyectos de ley, el derecho a participar oportunamente en el proceso de formación legislativa.

REQUISITO DE ANUNCIO PREVIO DE VOTACION EN TRAMITE LEGISLATIVO-Criterios jurisprudenciales para determinar la existencia y validez del anuncio

En virtud de las sentencias de constitucionalidad que ha proferido esta Corte sobre la materia, se han ido estableciendo unos criterios de interpretación que deben orientar la labor del juez constitucional al examinar los presupuestos de existencia y validez de este requisito constitucional, a saber: a) No atiende a una determinada fórmula sacramental; b) Determinación de la sesión futura en que tendrá lugar la votación del proyecto, pues, de lo contrario hace de aquél un anuncio no determinado ni determinable contrario a la exigencia constitucional; c) Continuación de la cadena de anuncios por aplazamiento de la votación salvo que en sesión anterior a la aprobación hubiere sido anunciado, y d) Cumplimiento de la exigencia constitucional cuando a pesar de no cumplirse la votación por su no realización en la fecha prevista finalmente ocurre la misma en la primera ocasión en que vuelve a sesionarse, es decir, en la próxima sesión, lo cual puede corroborarse atendiendo el orden sucesivo de las actas.

JUSTICIA PENAL MILITAR-Incompetencia para conocer de delitos que rompen nexo funcional entre el agente y el servicio/JURISDICCION PENAL MILITAR-Competencia se determina por factor funcional

Esta Corporación tanto en jurisprudencia anterior como en la Sentencia C-878 de 2000, precisó que el artículo 3º. de la Ley 522 de 1999 -código penal militar-, que se repite en el proyecto de ley, sólo puede ser considerado exequible en cuanto se agregue a su texto que además de los delitos expresamente mencionados por el legislador, quedan excluidos de la

competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio. En este sentido, la Sala encuentra fundadas las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional al artículo 3º. del proyecto de ley, motivo por el cual dispondrá proceder en los términos del artículo 167 de la Carta Política; es decir, por Secretaría será devuelto el proyecto de ley a la Cámara en que tuvo origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre la disposición en términos concordantes con el presente dictamen.

JUSTICIA PENAL MILITAR-Investiga y sanciona delitos relacionados directamente con la función militar o policial/JUSTICIA PENAL ORDINARIA-Se aplica a miembros de la fuerza pública por delitos cometidos en servicio activo pero sin relación con el servicio

De conformidad con lo previsto en el artículo 221 de la Constitución, de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Así los delitos que se investigan y sancionan a través de la jurisdicción penal militar no pueden ser ajenos a la órbita funcional de la fuerza pública, resultando como justiciables por ésta únicamente los que cometan, (i) los miembros de la fuerza pública, (ii) en servicio activo, (iii) cuando cometan delitos que tengan ”relación con el mismo servicio”, es decir, los que se derivan directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley o los reglamentos les han asignado. Los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, pero que no tengan relación directa con el mismo servicio no están cobijadas por el fuero militar y por ello a la justicia penal militar no le corresponde investigarlos y sancionarlos.

FUERO PENAL MILITAR-Requisitos para acceder al fuero penal militar/FUERO PENAL MILITAR-Por desviación de poder que desvirtúa el uso legítimo de la fuerza

Para tener derecho al fuero penal militar, además de la condición de miembro de la fuerza pública en servicio activo, se requiere que el delito tenga relación con el mismo servicio, lo que no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para el cumplimiento de la misión castrense; por el contrario, el objetivo del derecho penal militares es excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos, que son repudiables y sancionables a la luz de la Constitución y la ley, pues en un Estado de Derecho no es tolerable el uso de medios ilegítimos para la consecución de sus fines. Sin embargo, es posible que en el ejercicio de las tareas o misiones propias de la fuerza pública, voluntaria o culposamente, ésta se altere radicalmente, o se incurra en excesos o defectos de acción originando una desviación de poder capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. En efecto, son estas conductas a las que se aplica el fuero penal militar y a las que se les aplica el Código Penal Militar.

CODIGO PENAL MILITAR-Contiene tipos penales militares y tipos penales comunes adaptados al servicio militar y policial/CODIGO PENAL MILITAR-Tipos penales comunes si adaptación no pueden ser contenidos en el código penal militar

JUSTICIA PENAL MILITAR-Excepción constitucional a la regla del juez natural general

La justicia penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general por lo que su ámbito de acción debe ser interpretado de manera restrictiva. Así, un delito tendrá relación con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor, es decir, del servicio que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública, por lo que cabe recordar las precisiones hechas por la Corte acerca del ámbito del fuero penal militar: a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, 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; b) que 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; c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción.

DELITOS CONTRA PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Tipificación en la legislación penal colombiana cuyo juzgamiento corresponde a la justicia penal ordinaria/DELITOS CONTRA PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Punibles con aplicación sólo en situación de conflicto armado, por ser éste un elemento normativo del tipo

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Tipificación de conductas punibles en proyecto de Código Penal Militar

CODIGO PENAL MILITAR-Conductas contempladas en el proyecto comprenden elementos estructurales que hacen referencia a la relación con el servicio/CODIGO PENAL MILITAR-Conductas típicas fueron incorporadas adaptándoles elementos propios del servicios militar o policial para escenarios diferentes al de conflicto armado/CODIGO PENAL MILITAR-Conductas típicas con aplicación en todo momento, lugar y circunstancia.

Las conductas de devastación, saqueo, requisición arbitraria, requisición con omisión de formalidades, exacción y contribuciones ilegales, previstas en el proyecto de código penal militar tienen elementos compositivos que difieren de las tipificadas en el código penal ordinario contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario, y permiten que puedan ser cometidas por miembros de las fuerzas militares y de policía, amparadas por el fuero militar. Adicionalmente, por su descripción y elementos normativos, permiten que puedan ser cometidas por miembros de las fuerzas militares y de policía y amparadas por el fuero militar, pues fueron configuradas con elementos estructurales que hacen referencia a la relación con tales servicios, adaptándoles elementos propios del servicio militar o policial para escenarios diferentes al de conflicto armado.

JUSTICIA PENAL MILITAR-Incompetencia

La Corte reitera que la jurisdicción penal militar no es competente para conocer de conductas que correspondan a delitos de lesa humanidad, actos violatorios del Derecho Internacional Humanitario, como tampoco de aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

Referencia: expediente O.P. 100

Revisión oficiosa de las objeciones presidenciales presentadas al proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, "Por la cual se expide el Código Penal Militar".

Magistrada Ponente:

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil ocho (2008).

La Presidenta del H. Senado de la República, Dra. Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda, remitió a esta Corporación, mediante oficio de diciembre 19 del año 2007, el proyecto de ley de la referencia, cuyo texto fue objetado por el Presidente de la República por motivos de inconstitucionalidad e inconveniencia.

Como quiera que el Congreso declaró infundadas las objeciones presidenciales e insistió en la aprobación del proyecto, corresponde a la Corte decidir sobre su exequibilidad, según los términos de los artículos 167 de la Carta Política y 32 del Decreto 2067 de 1991.

I. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY OBJETADO

"LEY No._____

POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO PENAL MILITAR

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

LIBRO PRIMERO

PARTE GENERAL

TITULO PRIMERO

NORMAS RECTORAS DE LA LEY PENAL MILITAR

CAPITULO I

AMBITO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO

(…)

Artículo 3º. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo

anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

(…)

Artículo 155. Devastación. El que en actos del servicio y sin justa causa, destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública; o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.

CAPITULO II

DEL SAQUEO Y LA REQUISICIÓN

Artículo 156. Saqueo. Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero, incurrirán en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Artículo 157. Requisición arbitraria. El que sin justa causa ordenare o practicare requisiciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Artículo 158. Requisición con omisión de formalidades. El que practicare requisición sin cumplir las formalidades y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Artículo 159. Exacción. El que abusando de sus funciones, obligue a persona integrante de la población civil a entregar, o poner a su disposición, cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Artículo 160. Contribuciones ilegales. El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Artículo 171. Amenazas a testigo. El que amenace a una persona testigo de un hecho delictivo con ejercer violencia física o moral en su contra o en la de su cónyuge, compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado, para que se abstenga de actuar como testigo, o para que en su testimonio falte a la verdad, o la calle total o parcialmente, incurrirá en pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta anterior se realizare respecto de testigo judicialmente admitido para comparecer en juicio, con la finalidad de que no concurra a declarar, o para que declare lo que no es cierto, incurrirá en prisión de cinco (5) a doce (12) años y multa de cien (100) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A las mismas penas previstas en los incisos anteriores incurrirá quien realice las conductas sobre experto que deba rendir informe durante la indagación o investigación, o que sea judicialmente admitido para comparecer en juicio como perito.

Artículo 172. Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en esta ley o en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 173. Impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas. El que por cualquier medio impida o trate de impedir la celebración de una audiencia pública de Corte Marcial durante la actuación procesal, siempre y cuando la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cien (100) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

II. LAS OBJECIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Las objeciones que por motivos de inconstitucionalidad fueron formuladas por el Presidente de la República, están fundadas en los siguientes argumentos:

1-. En relación con el artículo 3º. del Proyecto de Ley, considera el Ejecutivo que la norma debe referirse a todas las violaciones a derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario y no solamente a los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada.

Para el Gobierno, el texto aprobado es idéntico al examinado mediante la Sentencia C-878 del 12 de julio de 2000, en la cual la Corte Constitucional señaló que era exequible "…en el entendido que los delitos en el enunciados, no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial".

Agrega el Presidente de la República: "Las violaciones de derechos humanos y las infracciones del derecho internacional humanitario son contrarias a la misión constitucional y legal de la fuerza pública y por lo tanto deben estar excluidas del fuero militar".

2.- En cuanto a los artículos 155, 156, 157, 158, 159, 160, 171, 172 y 173 del Proyecto de Ley, relacionados con delitos contra la población civil, considera el Gobierno Nacional que los mismos son inconstitucionales por cuanto las conductas allí descritas deben estar tipificadas por el derecho penal común y ser juzgadas por la jurisdicción ordinaria, toda vez que ninguna de estas conductas puede ser considerada como un delito en relación con el servicio. En suma, expone el Presidente de la República, los delitos contra la población civil deben ser

eliminados del código penal militar.

Para fundamentar su argumento, el Ejecutivo cita la sentencia C-358 de 1997, en la cual la Corte Constitucional expresó:

"Tratándose del delito típicamente militar y del delito común adaptado a la función militar, tanto el elemento personal como el funcional, constitutivos de la justicia penal militar, son forzosamente estimados por el juez, habida cuenta de que la norma penal los involucra conjuntamente. En el caso de los delitos comunes objeto de recepción pasiva por parte del Código Penal Militar, la ausencia de un condicionamiento positivo estricto dentro del mismo tipo penal, que supedite la competencia de la justicia penal militar a su vinculación directa con un acto u operación propios del servicio, dificulta la decisión acerca de cuál es el derecho penal aplicable. Esa decisión está siempre expuesta a dos peligros igualmente graves y lesivos de la igualdad y del debido proceso: por una parte, la discrecionalidad judicial para definir el juez natural y el derecho aplicable; por otra, la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la jurisdicción ordinaria. Los mencionados peligros pueden menguarse, sin embargo, si se parte de la definición del fuero penal militar como una excepción a la regla del juez natural general. Ello significa que en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfanamente la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario".

3.- De otra parte, el Presidente también formuló objeciones por motivos de inconveniencia respecto del artículo 27 del Proyecto de Ley, las cuales no serán examinadas por la Corte, pues así lo prevé el artículo 167 de la Constitución Política.

III. INSISTENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Con el objeto de resolver sobre las objeciones presidenciales, las Cámaras Legislativas integraron una Comisión Accidental que luego del correspondiente análisis decidió insistir en la constitucionalidad del proyecto de ley objetado, con fundamento en las siguientes razones:

1.- Respecto del artículo 3º. del Proyecto de Ley consideran que el carácter restrictivo, especial y excepcional de la justicia penal militar, no está determinado en este artículo, pues, al igual que en la Ley 522 de 1999 -Código Penal Militar-, este carácter lo señalan los artículos 1º y 2º de éste estatuto, según lo determinó la Corte Constitucional en las Sentencias C-358 de 1997 y C-878 de 2000, en las que se resolvió sobre la constitucionalidad condicionada del artículo 2º del código.

Para los integrantes de la comisión, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-878 de 2000, decidió sobre la exequibilidad del artículo 3o cuando dispuso: " … el entendido que los delitos en él enunciados, no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial".

2.- En cuanto a los delitos contra la población civil tipificados en los artículos 155, 156, 157,

158, 159, 160, 171, 172 y 173 del Proyecto de Ley, los congresistas recuerdan que fue el Ministro de Defensa quien incluyó este texto ante la conveniencia de extender su aplicación en todo momento, lugar y circunstancia, en tanto que los 'Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario', contenidos en el Título II del Libro II del Código Penal Ordinario, sólo tienen aplicación en situación de conflicto armado, por ser éste un elemento normativo del tipo.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, doctor Edgardo José Maya Villazón, mediante concepto del 6 de febrero del año en curso, considera fundadas las objeciones presidenciales con respecto a los artículos antes citados del Proyecto de Ley de la referencia.

El Jefe del Ministerio Público cita el artículo 221 de la Carta Política y recuerda que el artículo 3º del código penal militar tiene la misma redacción del artículo 3º del Proyecto de Ley objetado por el Presidente de la República. Además, el Procurador se declara sorprendido por el hecho de que anteriormente la misma norma hubiera dado lugar a un proceso ante la Corte Constitucional, al cabo del cual el precepto fue declarado exequible mediante una decisión interpretativa, basada en el principio de preservación del derecho.

Considera la Vista Fiscal que tratándose de un Proyecto de Ley, podría mejorarse la redacción de la norma para facilitar su interpretación y aplicación, eliminando ambigüedades e imprecisiones que puedan dar lugar a interpretaciones contrarias a la Constitución Política. Además, para el Procurador General de la Nación, entre el título de la disposición y el contenido de la misma no hay correspondencia, pero no presenta argumentos relacionados con ésta afirmación.

Añade el concepto que al incluir en el artículo 3º una definición taxativa del conjunto de delitos no relacionados con el servicio, en lugar de aclarar, genera confusión, pues da a entender que, eventualmente, delitos de lesa humanidad diferentes a los mencionados podrían ser de competencia de la justicia penal militar.

En cuanto a los delitos contra la población civil objetados por el Presidente de la República, considera el Jefe del Ministerio Público que las razones expresadas por el Ejecutivo son fundadas, por cuanto tales conductas no están relacionadas con el servicio y no pueden ser objeto de conocimiento de la justicia penal militar, sino de la penal ordinaria. Al respecto expresa: "Resulta insostenible considerar, como lo hace el Congreso, que la inclusión en este código se justifique para defender a la población civil en tiempo de paz, aludiendo que las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario se aplican únicamente en tiempo de guerra. En uno u otro caso las conductas no se relacionan con el cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas a la fuerza pública y por tanto, independientemente de la situación de guerra o paz, no son de competencia de la justicia penal militar. De otra parte, los tipos penales allí contenidos no son los mismos a que se refiere el Código Penal". (Fl. 12 del concepto).

V. CONSIDERACIONES

La Corte es competente para conocer sobre las objeciones de inconstitucionalidad

formuladas por el Presidente de la República en el presente caso, según lo preceptuado por los artículos 167 y 241-8 de la Constitución Política.

2. Solicitud de pruebas sobre el trámite legislativo

Mediante auto del 14 de febrero de 2008 el Despacho resolvió avocar el conocimiento del proceso de la referencia y oficiar a los Secretarios Generales del Senado de la República, de la Cámara de Representantes y de las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes de Senado y Cámara, para que enviaran las Gacetas del Congreso y la documentación relacionada con los antecedentes legislativos del proyecto de ley.

El 20 de febrero de 2008 la Corte Constitucional expidió el auto No. A-048, mediante el cual resolvió abstenerse de decidir hasta cuando se cumplan los presupuestos constitucionales y legales para hacerlo. Esta decisión fue puesta en conocimiento de los Presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, solicitándoles el envío de la totalidad de los documentos requeridos para establecer si el proyecto de ley y las objeciones presidenciales, fueron tramitados de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política. Además, mediante esta providencia fueron apremiados los Secretarios Generales del Senado y de las Comisiones Primeras de Senado y Cámara, para que procedieran a acopiar los documentos requeridos y disponer su envío a la Corte Constitucional.

Mediante constancia expedida el 25 de marzo de 2008, la Secretaría General de la Corte Constitucional certificó que el Auto de Sala Plena 048/2008, fue notificado por medio del estado número 35 del 14 de marzo del presente año. El 28 de marzo de 2008 la Secretaría General registró el arribo de documentación enviada por la Secretaría General de la Cámara de Representantes, mediante la cual solicita ampliar el término para enviar la documentación requerida. El 27 y 28 de marzo del presente año el Secretario General del Senado de la República y el Secretario General de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes enviaron parte de la documentación requerida, manifestando que la demás había sido enviada con anterioridad.

Una vez examinados los documentos enviados por el Congreso de la República, con los cuales se conformaron catorce (14) cuadernos, la Sala considera que se han cumplido los presupuestos constitucionales y legales para resolver sobre el asunto de la referencia.

3. Trámite del proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

3.1. Iniciativa gubernamental

* El Gobierno Nacional, a través del Ministro de Defensa Nacional, presentó el 20 de septiembre de 2005 ante la Secretaría General de la Cámara de Representantes el proyecto de ley “por medio del cual se expide el código penal militar”, iniciativa que fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 660 del 22 de septiembre de 2005, página 1ª y siguientes.

3.2. Trámite en la Cámara de Representantes

* La Secretaría General de la Cámara de Representantes, envió el proyecto en mención a la Comisión Primera para su respectivo estudio.

* El informe de ponencia para primer debate fue presentado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el 6 de diciembre de 2005; el mismo se encuentra publicado en la Gaceta del Congreso No. 882 del 7 de diciembre de 2005, páginas 1ª y siguientes.

* El anuncio para la discusión y votación del proyecto se llevó a cabo los días 6 y 13 de diciembre de 2006, según consta en las actas No. 26 y 27 de estas fechas, publicadas en las Gacetas del Congreso No. 8 de 2006, página 40 y No. 39 de 2006, página 25.

* El proyecto de ley fue discutido y aprobado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el 14 de diciembre de 2005, según consta en el Acta No. 28 de esa misma fecha, publicada en la Gaceta del Congreso No. 39 de 2006, páginas 26, 27, 28, 29, 30 y 31. La sesión se inició con quórum deliberatorio de 16 Representantes, luego se hicieron presentes 18 integrantes más, para un total de 34 miembros de la Corporación, quienes aprobaron sin modificaciones el respectivo proyecto.

* El texto definitivo aprobado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes aparece publicado en la Gaceta No. 112 de 2006, página 177.

* El informe de ponencia para segundo debate fue presentado a la Plenaria de la Cámara de Representantes el 9 de mayo de 2006, publicado en la Gaceta del Congreso No. 112 del 11 de mayo de 2006, página 1ª y siguientes.

* El anuncio para votación del proyecto de ley en sesión Plenaria de la Cámara de Representantes tuvo lugar el día miércoles 31 de mayo de 2006, como consta en el Acta No. 232 publicada en la Gaceta del Congreso No. 219 del 27 de junio de 2007. En la página 42 de esta Gaceta aparece el anuncio para discutir el proyecto de Justicia Penal Militar en la próxima sesión en la que se voten proyectos de ley.

* La aprobación del proyecto de ley No. 144/05 Cámara se llevó a cabo en la Plenaria de la Cámara de Representantes el día 6 de junio de 2006, según consta en el Acta No. 233 correspondiente a ésta sesión ordinaria, Acta que aparece publicada en la Gaceta del

Congreso No. 228 del miércoles 12 de julio de 2006. En la página 22 de la Gaceta mencionada se encuentra relacionada la forma como el subsecretario general de la Cámara informa sobre la aprobación del proyecto.

* El texto definitivo del proyecto de ley aprobado en la Plenaria de la Cámara de Representantes, fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 353 del 7 de septiembre de 2006, páginas 10 y siguientes.

3.3. Trámite en el Senado de la República

* En el Senado de la República el informe de ponencia para primer debate fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 624 de 2006, páginas 1ª y siguientes.

* El anuncio para la discusión y votación del proyecto se llevó a cabo los días 28 de marzo y 10 de abril de 2006, según consta en las Actas No. 26 del 28 de marzo de 2006, publicada en la Gaceta del Congreso No. 166 de 2007, página 34 y siguientes, y en el Acta No. 27 de 2007, publicada en la página 48 y siguientes de la Gaceta del Congreso No. 166 de 2007.

* El proyecto de Ley fue discutido y aprobado en la Comisión Primera del Senado el 30 de mayo de 2007, según consta en el Acta No. 36 de esa misma fecha, publicada en la Gaceta del Congreso No. 349, páginas 1 y siguientes. El proyecto, una vez sometido a consideración de la Comisión, fue aprobado por unanimidad, según consta en la página 13 de la Gaceta No. 349.

* El texto definitivo aprobado en la Comisión Primera de Senado aparece publicado en la Gaceta No. 253 del 7 de junio de 2007, páginas 62 y siguientes.

* El informe de ponencia para segundo debate fue presentado a la Plenaria del Senado el 5 de junio de 2007, publicado en la Gaceta del Congreso No. 253 del 7 de junio de 2007, páginas 1ª y siguientes.

* El anuncio para votación del proyecto de ley en sesión Plenaria del Senado, tuvo lugar el día martes 12 de junio de 2007, como consta en el Acta No. 65 publicada en la Gaceta del Congreso No. 414 del martes 28 de agosto de 2007. En la página 74 de esta Gaceta aparece el anuncio para discutir el proyecto de ley 111 de 2006 Senado, por la cual se expide el código penal militar.

* La aprobación del proyecto de ley se llevó a cabo en la Plenaria del Senado el día jueves 14 de junio de 2007, según consta en el Acta No. 66 correspondiente a ésta sesión ordinaria, Acta que aparece publicada en la Gaceta del Congreso No. 415 del martes 28 de agosto de 2007. En la página 57 de la Gaceta mencionada se encuentra relacionada la forma como la Presidencia del Senado sometió a consideración el proyecto, obteniendo respuesta afirmativa.

* El texto definitivo del proyecto de ley aprobado en la Plenaria del Senado, fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 353 del 7 de septiembre de 2006, páginas 10 y siguientes.

3.4. Comisión de conciliación

* La mesa Directiva del Congreso de la República designó una comisión encargada de conciliar los textos aprobados en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República. El Acta de Conciliación al proyecto de Ley 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara, fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 294 del viernes 15 de junio de 2007, como también en la Gaceta No. 296 del viernes 15 de junio de 2007.

* El anuncio previo a la aprobación del informe de conciliación tuvo lugar en la Plenaria de la Cámara de Representantes el viernes 15 de junio de 2007, según consta en el Acta No. 58 de la sesión celebrada ese día, Acta publicada en la Gaceta del Congreso No. 427 de 2007. El informe de conciliación al citado proyecto fue aprobado el martes 19 de junio de 2007, según consta en el Acta No. 59 de la sesión ordinaria celebrada ese día, Acta que aparece publicada en la Gaceta del Congreso No. 428 de 2007.

* El anuncio previo a la aprobación del informe de conciliación tuvo lugar en la Plenaria del Senado el jueves 14 de junio 2007, según consta en el Acta No. 66 de la sesión celebrada ese día, Acta publicada en la Gaceta del Congreso No. 415 de 2007. El informe de conciliación al citado proyecto fue aprobado el martes 19 de junio de 2007, según consta en el Acta No. 67 de la sesión ordinaria celebrada ese día, Acta que aparece publicada en la Gaceta del Congreso No. 416 de 2007.

* El texto unificado fue aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes el 19 de junio de 2007, según consta en el Acta No. 59, página 14 de la Gaceta del Congreso No. 428 de 2007. El texto unificado fue aprobado por la Plenaria del Senado el 19 de junio de 2007, según consta en el Acta No. 67, página 78 de la Gaceta del Congreso No. 416 de 2007.

4. El alcance del control y planteamiento del problema jurídico

4.1. De conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional1, la revisión en estos casos se circunscribe, en principio, al estudio y decisión de las objeciones presidenciales, sin comprender aspectos no señalados por el Gobierno Nacional.

La decisión de la Corte respecto de las objeciones está encaminada a dirimir la controversia entre el Ejecutivo y el Legislativo sobre la constitucionalidad de un determinado proyecto de ley. Por lo tanto, es "la insistencia de las Cámaras" el presupuesto de procedibilidad para que la Corte tenga competencia en el análisis de exequibilidad del proyecto objetado.

4.2. En el presente caso las objeciones por inconstitucionalidad propuestas por el Gobierno no se refieren a la totalidad del proyecto de ley, sino a algunas de sus disposiciones, motivo por el cual el examen de la Corte se limitará al texto objetado, teniendo en cuenta los cargos planteados por el Ejecutivo y los argumentos expuestos por el Congreso para insistir en la sanción del proyecto.

Considera la Sala que en el presente caso las objeciones del Ejecutivo plantean el siguiente problema jurídico:

4.2.2. Establecer si los artículos 155, 156, 157, 158, 159, 160, 171, 172 y 173 del Proyecto de Ley, relacionados con delitos contra la población civil, son inconstitucionales por cuanto las conductas allí descritas deben estar tipificadas por el derecho penal común y ser juzgadas por la jurisdicción ordinaria, pues ninguna de ellas puede ser considerada como un delito en relación con el servicio.

5. Trámite de las objeciones presidenciales

Con base en las pruebas que obran en el expediente la Sala ha establecido el trámite seguido en la aprobación del Informe de objeciones presidenciales al Proyecto de Ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, "Por la cual se expide el Código Penal Militar".

5.1. El proyecto de ley fue enviado por el Presidente de la Cámara de Representantes y recibido en la Presidencia de la República el 29 de junio de 2007 y el 31 de julio del mismo año fue devuelto a la misma Corporación sin la correspondiente sanción. Por tratarse de un proyecto de ley que cuenta con más de cincuenta artículos, el Ejecutivo contaba con veinte días para devolverlo; es decir, el Gobierno devolvió el proyecto de ley dentro del término previsto en el artículo 166 de la Constitución Política.

Las objeciones presidenciales formuladas al proyecto de ley fueron publicadas en la Gaceta del Congreso No. 368 del viernes 3 de agosto de 2007, páginas 22 y 23. El informe de objeciones presidenciales al Proyecto de Ley número 144/05 Cámara, 111 de 2006 Senado, fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 588 del martes 20 de noviembre de 2007, página 1ª y siguientes.

5.2. La Comisión Accidental creada para estudiar las objeciones presidenciales rindió su informe mediante escrito del 15 de noviembre de 2007, dirigido a los presidentes del Senado y de la Cámara de Representantes.

5.3. En relación con el requisito establecido en el Artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2003, la Corte verificó que éste fue cumplido tanto por la Plenaria de la Cámara de Representantes como por la Plenaria del Senado de la República. De conformidad con dicha norma:

"Ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la Presidencia de cada Cámara o Comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación".

5.4. En el caso de la Plenaria de la Cámara de Representantes2, este requisito fue cumplido de la siguiente manera:

A instancias del Presidente de la Cámara de Representantes, el Secretario General de la Corporación, doctor Angelino Lizcano, anunció la discusión y aprobación del Informe de objeciones presidenciales al Proyecto de Ley número 144/05 Cámara, 111 de 2006 Senado, en la sesión plenaria del miércoles 21 de noviembre de 2007; de este hecho quedó constancia en el Acta No. 83 de la sesión ordinaria celebrada ese día, publicada en la Gaceta del Congreso No. 8 del martes 29 de enero de 2008, página 7. En este documento se lee:

"Los proyectos para anunciar son los siguientes:

(…)

Proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, "Por la cual se expide el Código Penal Militar".

La sesión fue levantada a las 11:20 P.M. y se convocó a la Plenaria de la Cámara de Representantes para el día martes 27 de noviembre de 2007 a las 3:00 P.M.

En relación con el anuncio previo a la votación de un proyecto de ley, la Corte ha precisado:

"Una lectura sistemática de los artículos 157 y 160 de la Carta y 156 y 157 de la Ley 5 de 1992, y del artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2003, señala que de conformidad con el principio de publicidad, (i) un proyecto de ley no puede ser debatido si no ha sido publicado previamente (artículo 157, CP); (ii) la iniciación del debate requiere que la ponencia haya sido publicada en la Gaceta del Congreso, o en su defecto entregada a los congresistas para que estos conozcan lo que se va a debatir (artículo 156, Ley 5 de 1992); y (iii) para que el proyecto de ley pueda ser aprobado por una célula legislativa, previamente debe haber sido anunciada su votación en una sesión distinta y anterior a aquella en la que ésta se produce (Acto Legislativo 01 de 2003, artículo 8)"3. (Subrayas no originales).

En el presente caso, el anuncio para votación del Proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, "Por la cual se expide el Código Penal Militar", se llevó a cabo el día 21 de noviembre de 2007, mientras que la votación tuvo lugar el 27 de noviembre del mismo año.

1. El Informe de objeciones al Proyecto de Ley número 144 Cámara, 111 de 2006 Senado, fue incluido en el orden del día de la sesión plenaria de la Cámara de Representantes del día

martes 27 de noviembre de 2007, y fue aprobado en dicha sesión, según consta en el Acta No. 84, publicada en la Gaceta del Congreso No. 678 de 2007, páginas 16 y 17. En la página 17 de la Gaceta que se menciona aparece:

“Dirige la sesión el señor Vice Presidente de la Cámara de Representantes, doctor Bérner Zambrano Erazo:

En consideración el informe presentado por el Representante Zamir Silva, en el sentido de que se rechacen las objeciones Presidenciales, continúa su discusión ¿lo aprueba la Cámara?

El Subsecretario General de la Cámara de Representantes, doctor Jesús Alfonso Rodríguez Camargo informa:

Aprobado Presidente, con el voto negativo de David Luna, Wilson Borja, River Legro, Germán Reyes, Miguel Ángel Galvis, Venus Albeiro Silva, Jorge Humberto Mantilla y el Representante Pedro Vicente Obando”.

1. En el caso de la Plenaria del Senado de la República4, este requisito fue cumplido de la siguiente manera:

Por instrucciones de la Presidencia del Senado, el 4 de diciembre de 2007, el Secretario General del Senado de la República, doctor Emilio Otero Dajud, anunció entre los proyectos que serían discutidos y aprobados en la próxima sesión el Informe de objeciones al Proyecto de Ley número 144/05 Cámara, 111 de 2006 Senado. Así consta en el Acta número 24 de la sesión ordinaria del día martes 4 de diciembre de 2007, publicada en la Gaceta del Congreso número 40 del viernes 15 de febrero de 2008, página 33, en la cual se lee:

(…)

Proyecto con Informe de Objeciones

Proyecto de ley número 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara, Por la cual se expide el Código Penal Militar.

Según consta en la página 56 de la Gaceta del Congreso número 40, la Presidencia levantó la sesión siendo las 11:50 P.M. y convocó a la plenaria para el día miércoles 5 de diciembre de 2007, a las 3:00 P.M.

1. El Informe de objeciones al Proyecto de Ley número 144/05 Cámara, 111 de 2006 Senado, fue incluido en el orden del día de la sesión plenaria del Senado de la República del miércoles 5 de diciembre de 2007, y fue aprobado en dicha sesión, según consta en el Acta No. 25, publicada en la Gaceta del Congreso No. 41 del viernes 15 de febrero de 2008, página 41, en la cual se lee:

“Proyecto de Ley número 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara, por la cual se expide el Código Penal Militar.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Juan Carlos Vélez Uribe:

(…)

La Presidencia abre la discusión del informe en el cual se declaran infundadas las objeciones presentadas por el Ejecutivo, y cerrada su discusión, esta le imparte su aprobación”.

1. Para la Corte, el trámite del proyecto de Ley número 144/05 Cámara, 111 de 2006 Senado, por la cual se expide el código penal militar, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 167 de la Constitución Política, por cuanto para estudiar las objeciones presidenciales se nombró una Comisión Accidental conformada por miembros de ambas células legislativas, la cual rindió un informe que fue aprobado por las plenarias de Cámara y del Senado.

Así mismo, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 79-4 de la Ley 5ª de 1992 -Reglamento Interno del Congreso-, dicho informe fue incluido en el orden del día de la sesión plenaria de las cámaras legislativas y fue sometido a votación en sesión diferente a la que previamente fue anunciado a instancia del presidente respectivo, la sesión para votación fue determinada y, el lo que respecta a la forma como se hizo el anuncio en la Plenaria de la Cámara, la Corte ha considerado que la expresión “proyectos para anunciar” cumple con el requisito constitucional pues no es necesario emplear determinadas expresiones lingüísticas para realizar el aviso por cuanto lo relevante es que transmitan inequívocamente la intención de someter a votación un determinado proyecto. En efecto, en este caso la Corte considera cumplido el requisito dispuesto en el inciso segundo del artículo 160 de la Constitución, introducido por el artículo 8° del Acto Legislativo No. 1 de 2003, de conformidad con los criterios que se expresan a continuación:

Sobre el citado requisito, esta corporación ha venido reiterando que “cumple dos (2) finalidades específicas: la primera, consistente en permitir conocer con la debida anticipación los proyectos de ley que serán objeto de votación para así evitar sorprender a los congresistas con votaciones intempestivas y, la segunda, al perseguir garantizar a la ciudadanía y organizaciones sociales que tengan interés en los proyectos de ley, el derecho a participar oportunamente en el proceso de formación legislativa5”.

Así mismo, en palabras de la Corte “comporta el cumplimiento de los presupuestos siguientes: i) el anuncio debe estar presente a la votación de todo proyecto de ley, ii) dicho anuncio lo debe dar la presidencia de cada cámara o comisión en sesión distinta y previa a aquella en la cual se debe realizar la votación del proyecto, iii) la fecha de la votación debe ser cierta, o sea, determinada, o en su defecto, determinable, y iv) no puede votarse el proyecto en una sesión distinta a aquella para la cual fue previamente anunciada6”.

De igual forma, en virtud de las sentencias de constitucionalidad que ha proferido esta Corte sobre la materia, se han ido estableciendo unos criterios de interpretación que deben orientar la labor del juez constitucional al examinar los presupuestos de existencia y validez

de este requisito constitucional. A continuación, esta Corporación resaltará solamente los criterios que puedan tener alguna repercusión en la presente decisión7:

a) No atiende a una determinada fórmula sacramental: no es necesario emplear determinadas expresiones lingüísticas para realizar el aviso por cuanto lo relevante es que transmitan inequívocamente la intención de someter a votación un determinado proyecto. La Corte ha convalidado por ejemplo términos como: “anunciar”, “discutirán” y “aprobarán”.

b) Determinación de la sesión futura en que tendrá lugar la votación del proyecto, pues, de lo contrario hace de aquél un anuncio no determinado ni determinable contrario a la exigencia constitucional: si bien la exigencia constitucional parte de que en una sesión anterior se anuncien los proyectos que serán discutidos y votados en una sesión posterior, no es necesario indicar la fecha exacta en que habrá de realizarse la votación siempre que sea determinable, por ejemplo, la Corte ha avalado expresiones como “próximo martes”, “próxima sesión”, “próxima semana”,“siguiente sesión” y “día de mañana”.

c) Continuación de la cadena de anuncios por aplazamiento de la votación salvo que en sesión anterior a la aprobación hubiere sido anunciado: frente al aplazamiento indefinido de la votación debe continuarse la sucesión de anuncios a fin de evitar el rompimiento de la secuencia temporal del aviso, sin embargo, no se desconoce la exigencia constitucional cuando a pesar de presentarse dicha ruptura fue anunciado en la sesión inmediatamente anterior a la votación del proyecto.

d) Cumplimiento de la exigencia constitucional cuando a pesar de no cumplirse la votación por su no realización en la fecha prevista finalmente ocurre la misma en la primera ocasión en que vuelve a sesionarse, es decir, en la próxima sesión, lo cual puede corroborarse atendiendo el orden sucesivo de las actas.

6. Examen material de las objeciones al artículo 3º.

6.1. El texto del artículo 3º. del proyecto de ley es el siguiente:

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

6.2. El Ejecutivo objetó el texto trascrito por considerar que el artículo debe referirse a todas las violaciones de derechos humanos y no solamente a los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, añadiendo que las violaciones de derechos humanos y las infracciones del derecho internacional humanitario son contrarias a la misión constitucional y legal de la fuerza pública, razón por la cual deben estar excluidas del fuero militar.

Para el Presidente de la República, se está reproduciendo de manera integral el artículo 3º. del código penal militar vigente que llevó a la Corte Constitucional a declarar la exequibilidad condicionada del mismo, en el entendido que además de las conductas allí previstas pueden existir otras también excluidas del conocimiento de la jurisdicción penal militar.

6.3. Para la Comisión Accidental encargada de estudiar las objeciones formuladas por el

Ejecutivo, el artículo 3º. del proyecto no adolece de inconstitucionalidad, por cuanto el carácter restrictivo, especial y excepcional de la justicia penal miliar no está determinado en este texto, sino en los artículos 1º. y 2º. del proyecto.

Además, consideran los miembros de la Comisión que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, el artículo 3º. del proyecto es exequible en el entendido que los delitos en él enunciados no son los únicos que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial.

6.4. Para el Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional ya profirió una sentencia interpretativa (C-878 de 2000), mediante la cual fue declarado exequible en forma condicionada el artículo 3º. de la Ley 522 de 1999 –código penal militar-, precepto que contiene el mismo texto del artículo 3º. del proyecto; por lo tanto, reiterar una redacción imprecisa llevaría a nuevos debates y a nuevos procesos de constitucionalidad, teniendo en cuenta que la disposición examinada en aquella oportunidad quedaría derogada y la nueva entraría en vigencia en un contexto diferente al que aluden el Presidente de la República y el Congreso de la República.

Por lo anterior, considera el Jefe del Ministerio Público que el artículo 3º. del proyecto del ley debe declararse inexequible.

6.5. El proyecto de ley con su exposición de motivos fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 660 de 2005 y la lectura de estos documentos no permite establecer de manera precisa las razones por las cuales el Gobierno Nacional reiteró en el artículo 3º. del proyecto el texto del artículo 3º. de la Ley 522 de 1999 –código penal militar vigente-, que establece:

“Artículo 3. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante los dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”. (Las expresiones subrayadas fueron demandadas, dando lugar a la Sentencia C-878 de 2000).

6.6. Al examinar la constitucionalidad de la norma trascrita, la Corte, en la Sentencia C-878 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, expresó:

“(…) en relación con el artículo 3 de la ley 522 de 1999, que el demandante solicita se declare exequible en forma condicionada, a efectos que se entienda que los delitos en él consagrados no son los únicos que han de entenderse como no relacionados con el servicio, dado que ningún delito considerado como de lesa humanidad puede ser de conocimiento de la justicia penal militar, por cuanto su comisión en nada se relaciona con las actividades que está llamada a cumplir la fuerza pública, debe decirse lo siguiente:

Primero, en sentencia C-368 de 2000, esta Corporación declaró la exequibilidad del mencionado precepto, teniendo en cuenta los cargos esgrimidos en esa oportunidad en la demanda correspondiente, cargos que en nada se relacionan con el que ahora se debe

absolver, pues en aquella oportunidad sólo se precisó que hasta tanto no entre en vigencia la norma que tipifica el delito de desaparición forzada en nuestra legislación, no se podrá procesar a ninguna persona por la realización de esta conducta, tal como lo exige el artículo 29 de la Constitución. Por tanto, la Corte debe analizar el cargo que contiene el escrito de demanda que ahora ocupa la atención de esta Corporación, pues la declaración de exequibilidad que efectuó la Corte en el referido fallo, no cobijó la interpretación que ahora se hace de este artículo.

Segundo, en la sentencia C-358 de 1997, en relación con los delitos de lesa humanidad, se consideró que:

"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. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia.

"…

"Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

'La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de "actos del servicio" sino de la comisión de delitos "en relación" con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito – sea o no de lesa humanidad – representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio' (sentencia C-357 de 1997).

En desarrollo de este fallo, el proyecto de ley presentado a consideración del Congreso de la República por el Gobierno Nacional, en relación con este artículo, contenía el siguiente texto "En ningún caso podrán considerarse como relacionado con el servicio la tortura, el genocidio, la desaparición forzada ni ningún otro delito que constituya una grave violación de los derechos humanos, la dignidad humana y la libertad sexual" (Gaceta del Congreso No. 26 de 1998).

Sin embargo, en el debate de las comisiones conjuntas se consideró que la norma así redactada, podría desconocer la naturaleza misma del fuero militar, por cuanto en la

determinación de lo que habría de considerarse como “grave violación de los derechos humanos, la dignidad humana y la libertad sexual” podría operar la subjetividad de los funcionarios encargados de aplicar la norma, al punto de hacer nugatorio el fuero militar en casos donde éste habría de operar, lo que llevó a suprimir la mencionada referencia y dejar reseñados como delitos excluidos del conocimiento de la justicia penal militar, sólo a la tortura, a el genocidio y la desaparición forzada. Sobre el particular, se indicó en la respectiva ponencia:

“Estamos identificados con la exclusión que se hace del fuero militar de los delitos de lesa humanidad como la tortura, el genocidio, la desaparición forzada, al igual que de los delitos contra la libertad sexual. Sin embargo, celosos como somos de la prevalencia de los derechos fundamentales que asisten al procesado y teniendo en consideración que el fuero militar es una expresión del principio del juez natural y que dentro de un estado social de derecho como se define el colombiano, debe existir certeza jurídica sobre la cual es el juez preexistente al acto, nos parece que no es del caso incluir las expresiones “ni ningún delito que constituya una grave violación a los derechos humanos”, porque tal consideración queda al juicio del operador jurídico y como todo delito ofende derechos humanos lo que para un intérprete puede ser grave para otro puede no serlo, siendo el criterio subjetivo del funcionario el que finalmente va a determinar cual es el juez competente. Por ello considerados que se debe excluir tal consideración para impedir que recurra a ella cualquier intérprete celoso para acabar el fuero.” (Gaceta del Congreso No. 485, pág 6).

Tercero, si bien el legislador en su facultad de configuración, creyó conveniente sólo hacer expresa mención de los delitos de tortura, genocidio y la desaparición forzada, como conductas que en nada se relacionan con el servicio y, que como tales, impiden a la jurisdicción penal militar conocer de ellas cuando se presenten, es claro que éstas no son la únicas que han debido quedar excluidas expresamente del conocimiento de justicia castrense, dado que existen otra serie de comportamientos que, en los términos de la doctrina de esta Corporación, “son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio”, conductas éstas que, en consecuencia, escapan de la competencia de esta jurisdicción especial.

Así, teniendo en cuenta que el factor funcional es el que en últimas determina la competencia de la jurisdicción penal militar, ha de entenderse que existen delitos no enunciados en el artículo 3 de la ley 522 de 1999 que, por su misma naturaleza, no pueden ser considerados “relacionados con el servicio” y como tales, en ningún caso podrán ser de conocimiento de la justicia castrense. En todos estos casos, corresponderá a la justicia ordinaria aprehender la investigación y juzgamiento de esta clase de conductas.

Por tanto, tal como lo manifiesta el señor Procurador en su concepto, ha de entenderse que el artículo 3 de la ley 522 de 1999, hace una relación enunciativa más no taxativa de los delitos que en ningún caso pueden ser considerados como relacionados con el servicio, puesto que todas las conductas delictivas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, deben estar excluidas del campo de competencia de la justicia penal militar. En este sentido debe interpretarse el artículo 3 de la ley 522 de 1999, pues otra

interpretación, desconocería el carácter excepcional del fuero militar que consagra el artículo 221 de la Constitución".

6.7. Con fundamento en los argumentos trascritos la Corte resolvió declarar exequible el artículo 3º. de la ley 522 de 1999, en el entendido que los delitos en él enunciados no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial.

Es decir, la Corporación tanto en jurisprudencia anterior como en la Sentencia C-878 de 2000, precisó que el artículo 3º. de la Ley 522 de 1999 -código penal militar-, que se repite en el proyecto de ley, sólo puede ser considerado exequible en cuanto se agregue a su texto que además de los delitos expresamente mencionados por el legislador, quedan excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

6.8. En este sentido, en este caso la Sala encuentra fundadas las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional al artículo 3º. del proyecto de ley, motivo por el cual dispondrá proceder en los términos del artículo 167 de la Carta Política; es decir, por Secretaría será devuelto el proyecto de ley a la Cámara en que tuvo origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre la disposición en términos concordantes con el presente dictamen.

En concepto de la Corte, el texto del artículo 3º. del Proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, "Por la cual se expide el Código Penal Militar", tal como fue expedido por el Congreso admite dos interpretaciones. Una que atiende a su tenor literal y que indicaría que no se relacionan con el servicio sólo los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, interpretación que sería contraria a la Constitución por las razones citadas en la sentencia C-878 de 2000.

Sin embargo, dicha norma puede ser exequible si se considera que además de los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, también quedan excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

En efecto, para que la disposición resulte acorde con la Constitución, le corresponderá al Congreso ajustarla para incluir en ella que, además de la tortura, el genocidio y la desaparición forzadas, tampoco se relacionan con el servicio los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Por la Secretaría de esta corporación será devuelto el proyecto de ley a la Cámara en que tuvo origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre la disposición en términos concordantes con el presente dictamen.

7. Examen material de las objeciones a los artículos 171, 172 y 173 del proyecto de Ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

7.1. El texto de los artículos 171, 172 y 173 del Proyecto de Ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”, es el siguiente:

Artículo 171. Amenazas a testigo. El que amenace a una persona testigo de un hecho delictivo con ejercer violencia física o moral en su contra o en la de su cónyuge, compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado, para que se abstenga de actuar como testigo, o para que en su testimonio falte a la verdad, o la calle total o parcialmente, incurrirá en pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta anterior se realizare respecto de testigo judicialmente admitido para comparecer en juicio, con la finalidad de que no concurra a declarar, o para que declare lo que no es cierto, incurrirá en prisión de cinco (5) a doce (12) años y multa de cien (100) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A las mismas penas previstas en los incisos anteriores incurrirá quien realice las conductas sobre experto que deba rendir informe durante la indagación o investigación, o que sea judicialmente admitido para comparecer en juicio como perito.

Artículo 172. Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en esta ley o en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 173. Impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas. El que por cualquier medio impida o trate de impedir la celebración de una audiencia pública de Corte Marcial durante la actuación procesal, siempre y cuando la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cien (100) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

7.2. El Presidente de la República considera que estos artículos consagran conductas constitutivas de delitos contra la población civil que deben estar tipificadas por el derecho

penal común y ser juzgadas por la jurisdicción ordinaria, pues ninguno de ellos puede ser considerado como delito en relación con el servicio y, por lo tanto, deben ser eliminados del código penal militar.

Para el Ejecutivo, en la medida que las conductas tipificadas en los artículos objetados están dirigidas contra la población civil, debido a la connotación del sujeto pasivo en el contexto del Derecho Internacional Humanitario, adquieren un alcance que trasciende la esfera del ámbito jurídico militar, ya que afectan bienes jurídicos tutelados por el régimen sustancial ordinario, siendo inconstitucional incluirlos en el proyecto de ley, por cuanto corresponden a delitos comunes de conocimiento de la justicia penal ordinaria.

7.3. La Comisión Accidental reitera la exequibilidad de los artículos objetados, por considerar que el proyecto presentado por el Ministerio de Defensa Nacional incluyó estos hechos punibles ante la conveniencia de extender su aplicación en todo momento, lugar y circunstancia, en tanto que los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, contenidos en el título II del libro II del código penal ordinario, sólo tiene aplicación en situación de conflicto armado, por ser éste un elemento normativo del tipo.

7.4. Considera la Vista Fiscal que la inclusión en el código penal militar de delitos contra la población civil es inexequible, por cuanto se trata de conductas que no están relacionadas con el servicio y por ello no pueden ser objeto de conocimiento de la justicia penal militar sino de la justicia ordinaria.

Para el Ministerio Público resulta insostenible que incluir estos tipos penales en este código se justifique para defender a la población civil en tiempo de paz, aludiendo que las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario se aplican únicamente en tiempo de guerra. Precisa el Procurador: “En uno y otro caso las conductas no se relacionan con el cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas a la fuerza pública y por tanto, independientemente de la situación de guerra o paz, no son de competencia de la justicia penal militar. De otra parte, los tipos penales allí contenidos no son los mismos a que se refiere el Código Penal”. (Fl. 12 del concepto).

7.5. Cabe recordar en primer lugar, que el legislador en uso de su potestad de configuración, mediante la Ley 890 de 2004, adicionó el Código Penal, Ley 599 de 2000, con los siguientes artículos:

Ley 890 de 2004

(julio 7)

por la cual se modifica y adiciona el Código Penal.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 13. El Título XVI, Libro Segundo del Código Penal, denominado Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia, tendrá el siguiente Capítulo Noveno y lo s siguientes artículos:

“CAPITULO NOVENO

Delitos contra medios de prueba y otras infracciones

Artículo 454A. Amenazas a testigo. El que amenace a una persona testigo de un hecho delictivo con ejercer violencia física o moral en su contra o en la de su cónyuge, compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado, para que se abstenga de actuar como testigo, o para que en su testimonio falte a la verdad, o la calle total o parcialmente, incurrirá en pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta anterior se realizare respecto de testigo judicialmente admitido para comparecer en juicio, con la finalidad de que no concurra a declarar, o para que declare lo que no es cierto, incurrirá en prisión de cinco (5) a doce (12) años y multa de cien (100) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A las mismas penas previstas en los incisos anteriores incurrirá quien realice las conductas sobre experto que deba rendir informe durante la indagación o investigación, o que sea judicialmente admitido para comparecer en juicio como perito.

Artículo 454C. Impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas. El que por cualquier medio impida o trate de impedir la celebración de una audiencia pública durante la actuación procesal, siempre y cuando la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cien (100) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

7.6. La primera constatación que lleva a cabo la Sala es que el Código Penal ordinario tipifica de manera igual las conductas a que se refieren los artículos 171,172 y 173 del proyecto de ley por medio de la cual se expide el Código Penal Militar, y les impone la misma sanción.

7.7. Observa la Corte también, que los artículos 454A, 454B y 454C, a que hace alusión el Código Penal, así como los correspondientes a los números 171, 172 y 173 del proyecto de ley para expedir el Código Penal Militar, hacen referencia a delitos contra la administración de justicia y específicamente contra medios de prueba y el adelantamiento de las audiencias públicas durante la actuación procesal, los primeros referidos al proceso penal que sigue la jurisdicción ordinaria, los segundos para los procesos que se adelanten por la justicia penal militar.

En efecto, en el proyecto de ley mediante el cual se expide el Código Penal Militar, el legislador al configurar los delitos de amenazas a testigos, ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, e impedimento o perturbación de la celebración de audiencia pública de Corte Marcial, tomo tipos penales comunes y los trasladó como tales para el ámbito de lo que corresponde conocer a la justicia penal militar, sin adecuarlos o incorporarles elementos y circunstancias propias del servicio que presta la

fuerza pública, o en relación con el mismo, y que resultan relevantes para su adecuada agregación al Código Penal Militar.

En efecto, examinando la naturaleza misma de las conductas tipificadas en los artículos 171, 172 y 173 del proyecto de ley de Código Penal Militar, así como la estructura típica que acogió el legislador para las mismas en el proyecto de Código Penal Militar, se aprecia que las mismas no se encuentran estructuradas con elementos específicos propios de la actividad que corresponde ejercer a la fuerza pública o vinculada directamente con ella .

Las conductas delictuales descritas en los artículos citados no tienen una vinculación directa con la prestación del servicio que corresponde a la fuerza pública, pues los delitos de amenazas a testigos, ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, e impedimento o perturbación de la celebración de audiencia pública de Corte Marcial, están por fuera de la órbita propia de la prestación del servicio militar al ser conductas relacionadas con el adelantamiento propio de los procesos penales militares.

Y, el hecho de que el artículo 173, del proyecto de Código Penal Militar, en cuanto al delito de impedimento o celebración de audiencia públicas se refiera de manera particular a una audiencia pública de Corte Marcial, no desvirtúa las anteriores afirmaciones, en cuanto sólo determina a qué audiencias se refiere el tipo penal, pero no es un elemento sustancial o estructural del mismo, es decir, atinente a las actividades concretas que corresponde realizar a la fuerza pública o en relación con las mismas.

7.8. Cabe recordar, que de conformidad con lo previsto en el artículo 221 de la Constitución, de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Y, como lo ha considerado de manera reiterada esta corporación, al definir la misma Constitución los elementos centrales de la competencia de la justicia castrense, esta adquiere un carácter limitado y excepcional8.

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

Por tanto, los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, pero que no tengan relación directa con el mismo servicio no están cobijadas por el fuero militar y por ello a la justicia penal militar no le corresponde investigarlos y sancionarlos.

7.9. Al respecto de la expresión “servicio”, esta corporación en reiterada jurisprudencia ha considerado, que alude a las actividades concretas que se orientan a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares, defensa de la soberanía, la independencia, la

integridad del territorio nacional y del orden constitucional, y de la policía nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz9.

Sin embargo, como no todos los actos de los miembros de la fuerza pública pueden quedar comprendidos dentro del fuero castrense, para efectos de preservó la especialidad penal militar es imperioso distinguir qué actos u omisiones se les debe imputar como ciudadanos ordinarios, y cuales pueden imputárseles como miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo.

En efecto, cabe precisar en primer lugar, como lo ha considerado esta corporación, que "la sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar" (negrilla fuera del texto original), pues ha podido cometer el delito al margen de la misión castrense encomendada, por lo que, "el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común10".

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

Sin embargo, es posible que en el ejercicio de las tareas o misiones propias de la fuerza pública, voluntaria o culposamente, ésta se altere radicalmente, o se incurra en excesos o defectos de acción originando una desviación de poder capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. En efecto, son estas conductas a las que se aplica el fuero penal militar y a las que se les aplica el Código Penal Militar.

Además, los mencionados comportamientos reprochables deben tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva.

7.10. En efecto, en el plano normativo, el legislador al configurar el Código Penal Militar, puede crear tipos penales militares, o modificar o incorporar los tipos penales ordinarios siempre y cuando tome en cuenta lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios de servicio militar y policial, es decir, los adapte al contexto de la función militar o policiva. De tal manera, el Código Penal Militar puede contener, en relación con el servicio, (i) tipos penales típicamente militares, siempre y cuando consideren las características propias del servicio militar y policial, y (ii) tipos penales comunes, incorporándoles elementos y circunstancias propias del servicio que presta la fuerza pública y que resulta relevante tomar en consideración.

Como lo ha considerado esta corporación12, tanto en los delitos típicamente militares como en los comunes adaptados a la función de la fuerza pública, el concepto de servicio o misión legítima constituye un referente obligado para el legislador, quien toma de éste

características y exigencias propias para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas. En estos dos casos convergen de manera ciertamente más acuciosa los elementos personal y funcional que integran la justicia penal militar.

7.11. Como la justicia penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general, su ámbito de acción debe ser interpretado de manera restrictiva. Así, un delito tendrá relación con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor, es decir, del servicio que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública. Para esta definición, cabe recordar las precisiones hechas por la Corte acerca del ámbito del fuero penal militar:

"(…)

a. que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, 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. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional…

b. que 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…

a. que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción".13

7.12. En conclusión, respecto de los delitos consagrados en los artículos 171, 172 y 173 del proyecto de Código Penal Militar, son delitos comunes tipificados en el Código Penal ordinario, pero no fueron adaptados al contexto de la función militar o policiva y por lo tanto de sus elementos compositivos no puede concluirse que se trate de aquellos que tengan relación con el servicio. Por tanto, respecto de éstos la objeción se declara fundada y serán declarados inexequibles pues si tales conductas no están sometidas al fuero militar tampoco las puede investigar y sancionar la justicia penal militar.

7.13. Aclara la Corte, que la inexequibilidad que se declarará respecto de los artículos 171, 172 y 173 del proyecto de Código Penal Militar, no significa que si tales delitos son cometidos por miembros de la fuerza pública puedan quedar impunes, pues ellos deberán ser investigados y juzgados por la justicia penal ordinaria.

8. Examen material a las objeciones contra los artículos 155, 156, 157, 158, 159 y 160.

"Artículo 155. Devastación. El que en actos del servicio y sin justa causa, destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública; o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.

CAPITULO II

DEL SAQUEO Y LA REQUISICIÓN

Artículo 156. Saqueo. Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero, incurrirán en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Artículo 157. Requisición arbitraria. El que sin justa causa ordenare o practicare requisiciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Artículo 158. Requisición con omisión de formalidades. El que practicare requisición sin cumplir las formalidades y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Artículo 159. Exacción. El que abusando de sus funciones, obligue a persona integrante de la población civil a entregar, o poner a su disposición, cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Artículo 160. Contribuciones ilegales. El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

8.2. El Presidente de la República considera que estos artículos consagran conductas constitutivas de delitos contra la población civil que deben estar tipificadas por el derecho penal común y ser juzgadas por la jurisdicción ordinaria, pues ninguno de ellos puede ser considerado como delito en relación con el servicio y, por lo tanto, deben ser eliminados del código penal militar.

Para el Ejecutivo, en la medida que las conductas tipificadas en los artículos objetados están dirigidas contra la población civil, debido a la connotación del sujeto pasivo en el contexto del Derecho Internacional Humanitario, adquieren un alcance que trasciende la esfera del ámbito jurídico militar, ya que afectan bienes jurídicos tutelados por el régimen sustancial ordinario, siendo inconstitucional incluirlos en el proyecto de ley, por cuanto corresponden a delitos comunes de conocimiento de la justicia penal ordinaria.

8.3. La Comisión Accidental reitera la exequibilidad de los artículos objetados, por considerar

que el proyecto presentado por el Ministerio de Defensa Nacional incluyó estos hechos punibles ante la conveniencia de extender su aplicación en todo momento, lugar y circunstancia, en tanto que los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, contenidos en el título II del libro II del código penal ordinario, sólo tiene aplicación en situación de conflicto armado, por ser éste un elemento normativo del tipo.

8.4. Considera la Vista Fiscal que la inclusión en el código penal militar de delitos contra la población civil es inexequible, por cuanto se trata de conductas que no están relacionadas con el servicio y por ello no pueden ser objeto de conocimiento de la justicia penal militar sino de la justicia ordinaria.

Para el Ministerio Público resulta insostenible que incluir estos tipos penales en este código se justifique para defender a la población civil en tiempo de paz, aludiendo que las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario se aplican únicamente en tiempo de guerra. Precisa el Procurador: "En uno y otro caso las conductas no se relacionan con el cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas a la fuerza pública y por tanto, independientemente de la situación de guerra o paz, no son de competencia de la justicia penal militar. De otra parte, los tipos penales allí contenidos no son los mismos a que se refiere el Código Penal". (Fl. 12 del concepto)

8.5. Cabe recordar en primer lugar, que el Código Penal, Ley 599 de 2000, tipificó los delitos que se cometan contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, y su juzgamiento corresponderá a la justicia penal ordinaria. El texto de estas disposiciones es el siguiente:

"TITULO II

DELITOS CONTRA PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

CAPITULO UNICO

Artículo 135. Homicidio en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil.

2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.

3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.

4. El personal sanitario o religioso.

5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.

6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.

7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.

8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

Artículo 136. Lesiones en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, cause daño a la integridad física o a la salud de persona protegida conforme al Derecho Internacional Humanitario, incurrirá en las sanciones previstas para el delito de lesiones personales, incrementada hasta en una tercera parte.

Artículo 137. Tortura en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

Para los efectos de este Artículo se entenderá por acceso carnal lo dispuesto en el artículo 212 de este código.

Artículo 139. Actos sexuales violentos en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acto sexual diverso al acceso carnal, por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 140. Circunstancias de agravación. La pena prevista en los dos artículos anteriores se agravará en los mismos casos y en la misma proporción señalada en el artículo 211 de este código.

Artículo 141. Prostitución forzada o esclavitud sexual. El que mediante el uso de la fuerza y con ocasión y en desarrollo del conflicto armado obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 142. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, utilice medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios o males superfluos incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cien (100) a doscientos (200)

salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

Artículo 143. Perfidia. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y con el propósito de dañar o atacar al adversario, simule la condición de persona protegida o utilice indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos Intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de destacamentos militares o policiales de las Naciones Unidas u otros signos de protección contemplados en tratados internacionales ratificados por Colombia, incurrirá por esa sola conducta en prisión de tres (3) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En igual pena incurrirá quien, con la misma finalidad, utilice uniformes del adversario.

Artículo 144. Actos de terrorismo. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, multa de dos mil (2.000) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

Artículo 145. Actos de barbarie. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como delitos y sancionados con pena mayor, realice actos de no dar cuartel, atacar a persona fuera de combate, de abandonar a heridos o enfermos, o realice actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a quince (15) años, multa de doscientos (200) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a quince (15) años.

Artículo 146. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida. El que, fuera de los casos previstos expresamente como conducta punible, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a persona protegida tratos o le realice prácticas inhumanas o degradantes o le cause grandes sufrimientos o practique con ella experimentos biológicos, o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado ni conforme a las normas médicas generalmente reconocidas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de cinco (5) a diez (10) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

Artículo 147. Actos de discriminación racial. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice prácticas de segregación racial o ejerza tratos inhumanos o degradantes basados en otras distinciones de carácter desfavorable que entrañen ultraje contra la dignidad personal, respecto de cualquier persona protegida, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales

vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

Artículo 148. Toma de rehenes. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utilice como defensa, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de dos mil (2000) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

Artículo 149. Detención ilegal y privación del debido proceso. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive ilegalmente de su libertad a una persona y la sustraiga de su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 150. Constreñimiento a apoyo bélico. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, constriña a persona protegida a servir de cualquier forma en las fuerzas armadas de la parte adversa incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 151. Despojo en el campo de batalla. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, despoje de sus efectos a un cadáver o a persona protegida, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 152. Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y estando obligado a prestarlas, omita las medidas de socorro y asistencia humanitarias a favor de las personas protegidas, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 153. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, obstaculice o impida al personal médico, sanitario o de socorro o a la población civil la realización de las tareas sanitarias y humanitarias que de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Humanitario pueden y deben realizarse, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si para impedirlas u obstaculizarlas se emplea violencia contra los dispositivos, los medios o las personas que las ejecutan, la pena prevista en el artículo anterior se incrementará hasta en la mitad, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Artículo 154. Destrucción y apropiación de bienes protegidos. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruya o se apropie por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista, de los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de

quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo y los demás del título se entenderán como bienes protegidos conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares.

2. Los culturales y los lugares destinados al culto.

3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil.

4. Los elementos que integran el medio ambiente natural.

5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Artículo 155. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, y sin que haya tomado previamente las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque o destruya ambulancias o medios de transporte sanitarios, hospitales de campaña o fijos, depósitos de elementos de socorro, convoyes sanitarios, bienes destinados a la asistencia y socorro de las personas protegidas, zonas sanitarias y desmilitarizadas, o bienes e instalaciones de carácter sanitario debidamente señalados con los signos convencionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 156. Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque y destruya monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, debidamente señalados con los signos convencionales, o utilice tales bienes en apoyo del esfuerzo militar, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 157. Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, ataque presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, debidamente señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a quince (15) años.

Si del ataque se deriva la liberación de fuerzas con pérdidas o daños en bienes o elementos importantes para la subsistencia de la población civil, la pena será de quince (15) a veinte (20) años de prisión, multa de dos mil (2.000) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

Artículo 158. Represalias. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, haga objeto de represalias o de actos de hostilidades a personas o bienes protegidos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

Artículo 160. Atentados a la subsistencia y devastación. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ataque, inutilice, dañe, retenga o se apodere de bienes o elementos indispensables para la subsistencia de la población civil, incurrirá en prisión cinco (5) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 161. Omisión de medidas de protección a la población civil. El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, estando obligado a hacerlo, omita la adopción de medidas para la protección de la población civil, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 162. Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 163. Exacción o contribuciones arbitrarias. El que, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, imponga contribuciones arbitrarias incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 164. Destrucción del medio ambiente. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, emplee métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años, multa de cinco mil (5.000) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a quince (15) años".

8.6. En primer lugar observa la Corte, que las conductas a que alude el proyecto de Código Penal Militar en los arts. 155, 156, 157, 158, 159 y 160, tienen elementos compositivos que difieren de las tipificadas en el Código Penal ordinario en el Título II, contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario.

Las conductas tipificadas en el proyecto de Código Penal Militar, arts. 155, 156, 157, 158, 159 y 160, por su descripción y elementos normativos, al contrario de lo que ocurre con los tres artículos analizados precedentemente (171, 172 y 173), en principio, sí permiten que puedan ser cometidas por miembros de las fuerzas militares y de policía y amparadas por el fuero militar, pues fueron configuradas en el proyecto de Código Penal Militar con elementos estructurales que hacen referencia a la relación con tales servicios.

En efecto, en virtud de la potestad de configuración del legislador, los delitos a que aluden los arts. 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del proyecto de Código Penal Militar fueron incorporados al mismo adaptándoles elementos propios del servicio militar o policial para escenarios diferentes al de conflicto armado.

Cabe recordar, que las misiones asignadas por la Constitución, la ley y el reglamento a las fuerzas militares y a la policía, no se reducen a ejercerlas sólo en desarrollo de conflicto armado, sino que éstas deben cumplirse de manera permanente en cualquier escenario que requiera el ejercicio de las mismas. En tal medida, de declararse la inexequibilidad de las normas que contienen las conductas delictuales de devastación, saqueo, requisición arbitraria, requisición con omisión de formalidades, exacción y contribuciones ilegales, al ser cometidas en ámbitos diferentes al desarrollo de conflicto armado, quedarían sin penalización pues no estarían contempladas ni por el Código Penal ordinario ni en el Penal Militar.

Así lo consideró la Comisión Accidental designada en el Congreso de la República en relación con las objeciones presidenciales, cuando considera que el proyecto presentado por el Ministerio de Defensa Nacional incluyó estos hechos punibles ante la conveniencia de extender su aplicación en todo momento, lugar y circunstancia, en tanto que los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, contenidos en el título II del libro II del código penal ordinario, sólo tiene aplicación en situación de conflicto armado, por ser éste un elemento normativo del tipo.

La comisión de las conductas a que hacen referencia los artículos 154, 155, 156, 157, 158, 159 y 160, pueden encontrase amparadas por el fuero militar, cuando se cometan por miembros de la fuerza pública en ejercicio de las funciones que les corresponde ejercer de conformidad con la Constitución cuando, en escenarios diferentes al desarrollo de conflicto armado, actúan con desviación de poder al alterar la misión radicalmente o incurren en excesos en el ejercicio de sus funciones.

En efecto, sólo por fuera del marco fijado por el Código Penal ordinario al consagrar los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, es decir, no tratándose de conflicto armado, la justicia penal militar podrá conocer de las conductas descritas en los artículos 154, 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del proyecto de Código Penal Militar, única y exclusivamente si se demuestra el nexo directo y original con la misión propia del servicio militar o policial, pues de no ser así, les serían imputables a quienes las cometan, los delitos tipificados en la ley penal común que les sean aplicables y serán investigadas y juzgadas por la justicia penal ordinaria.

8.7. La lectura de los artículos objetados 154, 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del proyecto de Código Penal Militar da a entender que se trata de comportamientos delictivos en los cuales

el sujeto activo está calificado por la calidad de miembro de la Fuerza Pública, tipos penales a los cuales se añade el elemento funcional que circunscribe la conducta a hechos relacionados directamente con la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les han asignado.

Además, las circunstancias de hecho previstas en los artículos objetados no están presentes en las normas trascritas pertenecientes al Código Penal -ley 599 de 2000-, pues en éstas el sujeto activo es indeterminado, el objeto jurídico está representado por los bienes y las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, los cuales se encuentran precisados como elemento normativo del tipo a lo largo de las normas penales, y las circunstancias del tipo están referidas a hechos cometidos con ocasión y en desarrollo de conflicto armado.

8.8. La Corte reitera que la jurisdicción penal militar no es competente para conocer de conductas que correspondan a delitos de lesa humanidad, actos violatorios del Derecho Internacional Humanitario, como tampoco de aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

En suma, la Corte considera que los artículos objetados no son inexequibles en cuanto con ellos el legislador ha ejercido de manera razonable y proporcional la libertad de configuración del sistema normativo, sin vulnerar normas de jerarquía constitucional.

8.9. En esta ocasión, y por no ser materia de la objeción, la Corte no estudia las normas objetadas a la luz de los principios de igualdad y proporcionalidad.

9. Conclusión.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, puede concluirse de manera concreta:

9.1. La justicia penal militar nunca puede juzgar los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, ni ninguno otro de lesa humanidad, o que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

9.2. El fuero militar cobija única y exclusivamente los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, es decir, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les han asignado.

9.3. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial, o aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que el juzgamiento de tal conducta corresponda a la justicia penal militar, pues tal conducta debe tener relación directa con la función militar o policial que la Constitución, la ley o el reglamento les ha asignado.

9.4. El objetivo del derecho penal militar es excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos, que son repudiables y sancionables a la luz de la Constitución y la ley, pues en un Estado de Derecho no es tolerable el uso de medios ilegítimos para la consecución de sus fines.

9.5. En virtud de su potestad de configuración, el legislador puede crear tipos penales militares, o modificar o incorporar los tipos penales ordinarios siempre y cuando tome en cuenta elementos estructurales que genuinamente tengan relación directa con los actos propios de servicio militar y policial, es decir, puede adaptarlos al contexto de la función militar o policiva.

9.6. La justicia penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general, y por ello su ámbito de acción debe ser interpretado de manera restrictiva.

9.7. El Código Penal Militar puede tipificar conductas cuando considere conveniente extender su aplicación en todo momento, lugar y circunstancia, cuando son cometidas en escenarios diferentes al desarrollo de conflicto armado, siempre y cuando les incorpore elementos propios del servicio militar o policial, y éstas podrán ser juzgadas por la justicia penal militar única y exclusivamente si se demuestra el nexo directo y original con la misión propia del servicio militar o policial, pues de no ser así, les serían imputables a quienes las cometan, los delitos tipificados en la ley penal común que les sean aplicables y serán investigadas y juzgadas por la justicia penal ordinaria.

VI. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero.- Declarar FUNDADAS las objeciones que por motivos de inconstitucionalidad fueron formuladas por el Gobierno Nacional en relación con el artículo 3º. del proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 167 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2067 de 1991, por intermedio de la Secretaría General, remítase copia del expediente legislativo y de esta sentencia a la Cámara de origen, para que oído el Ministro del ramo, se rehaga e integre el artículo 3º. del proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”, en términos concordantes con el dictamen expuesto en esta providencia. Una vez cumplido este trámite, el proyecto de ley deberá ser devuelto a la Corte Constitucional para fallo definitivo.

Tercero.- Declarar FUNDADAS las objeciones presidenciales respecto de los artículos 171, 172 y 173 del proyecto de Código Penal Militar.

Cuarto.- Como consecuencia de lo anterior, declarar INEXEQUIBLES los artículos 171, 172 y 173 del Proyecto de Ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

Quinto.- Declarar INFUNDADAS las objeciones presidenciales respecto de los artículos 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del Proyecto de Ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

Sexto.- Como consecuencia de lo anterior, declarar EXEQUIBLES los artículos 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del Proyecto de Ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”, únicamente respecto de los argumentos examinados en esta providencia.

Séptimo.- DÉSE cumplimiento a lo previsto en el artículo 167 de la Constitución Política.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, publíquese y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

Salvamento parcial de voto

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Ausente en comisión

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente en comisión

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA

C- 533 DE 2008

CRIMENES DE GUERRA-Concepto/CRIMENES DE GUERRA-Tipos penales consagrados en el proyecto de Código Penal Militar constituyen verdaderos crímenes de guerra contemplados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Salvamento parcial de voto)

CODIGO PENAL MILITAR-Conductas contempladas en el proyecto comprenden elementos que no guardan relación con el servicio (Salvamento parcial de voto)

CODIGO PENAL MILITAR-Algunas conductas típicas reguladas en el proyecto aparecen reguladas en el Código Penal/CODIGO PENAL MILITAR-Tipos penales descritos se cometen con ocasión y en desarrollo de las hostilidades/CODIGO PENAL MILITAR-Resulta innecesario repetir tipos penales consagrados en el Código Penal Ordinario para sancionar infracciones al derecho internacional humanitario ordinario (Salvamento parcial de voto)

En algunos casos las conductas descritas en las normas objetadas aparecen ya consagradas en el Código Penal, incluso con el mismo nomen iuris, tal y como sucede con la devastación, las exacciones y las contribuciones arbitrarias, en tanto que el saqueo no es más que un hurto agravado. Si se considera que con la reforma al código penal ordinario se pretendió penalizar las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas por todos los combatientes, se tratara de miembros de la fuerza pública o de integrantes de grupos armados irregulares, resulta innecesario repetir aquellos tipos penales en el Código Penal Militar.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Infracciones graves al derecho internacional humanitario no guardan relación con el servicio y deben ser investigadas por la justicia penal ordinaria ordinario (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente OP- 100

Objeciones presidenciales al proyecto de ley núm. 111/06 Senado y 144/05 Cámara, “Por el cual se expide el Código Penal Militar”.

Magistrada Ponente:

Clara Inés Vargas Hernández.

Temas

* Crímenes de guerra.

* Delitos no relacionados con el servicio

* Derecho internacional humanitario.

Con el acostumbrado respeto, paso a exponer las razones por las cuales no comparto la decisión adoptada por la mayoría, en el sentido de declarar "infundadas las objeciones presidenciales respecto de los artículos 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, "por la cual se expide el Código Penal Militar", y en consecuencia, declarar exequibles los citados artículos "únicamente respecto de los argumentos examinados en esta providencia".

Así pues, en la sentencia de la cual me aparto parcialmente se sostiene que (i) se trata de delitos cometidos por miembros de la fuerza pública "en servicio activo y en relación con el mismo", es decir, de tipos penales con sujeto activo cualificado; (ii) las circunstancias de hecho previstas en los artículos objetados no están presentes en el Código Penal ordinario, cuyo sujeto activo es indeterminado, siendo el bien jurídico tutelado las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, y (iii) los tipos penales descritos en la legislación penal ordinaria se refieren a hechos cometidos "con ocasión y en desarrollo del conflicto armado", circunstancia que no aparece descrita en las normas objetadas.

Ahora bien, como pasaré a explicar, si bien es cierto que los tipos penales que aparecen descritos en los artículos objetados del Código Penal Militar no son idénticos a aquellos que figuran en la Ley 599 de 2000, también lo es que las diferencias existentes entre ambas regulaciones terminan siendo más aparentes que reales, es decir, los comportamientos descritos en las normas objetadas aparecen ya consagrados en el Código Penal, en algunos casos incluso con el mismo nomen iuris, y en otros, describiendo conductas punibles materialmente idénticas. En efecto, las normas objetadas, contrario a lo sostenido por la mayoría, (i) tipifican verdaderos crímenes de guerra, es decir, comportamientos cometidos en desarrollo de un conflicto armado interno o internacional; (ii) no guardan relación alguna con el servicio, según jurisprudencia reiterada de esta Corte; (iii) pretenden que conductas muy graves, imputables a miembros de la fuerza pública, sean conocidas por la Justicia Penal Militar, aplicando además penas más benévolas que las establecidas por el Código Penal ordinario.

1. Las normas objetadas describen verdaderos crímenes de guerra.

Los crímenes de guerra, desde siempre, se han caracterizado por constituir violaciones a los denominados "usos y costumbres de la guerra", es decir, desconocimiento de las normas aplicables durante los conflictos armados internos e internacionales. En tal sentido, los crímenes tipificados en los artículos 155 (devastación), 156 (saqueo), 157 (requisición arbitraria), 158 (requisición con omisión de formalidades), 159 (exacción) y 160 (contribuciones ilegales) del proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, "por la cual se

expide el Código Penal Militar", constituyen verdaderos crímenes de guerra. En efecto, el literal c) del artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional dispone lo siguiente:

Artículo 8

Crímenes de guerra

(…)

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares

en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;

x) Declarar que no se dará cuartel;

xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo; (negrillas y subrayados agregados).

En suma, los tipos penales consagrados en las normas objetadas, a la luz del actual derecho penal internacional, configuran verdaderos crímenes de guerra.

1. Es equivocado afirmar que todos los comportamientos regulados en las normas objetadas no aparecen regulados en el Código Penal y mucho menos que puedan guardar algún tipo de vínculo con el servicio.

Como pasaré a explicar, si bien es cierto que los tipos penales que aparecen descritos en los artículos objetados del Código Penal Militar no son idénticos a aquellos que figuran en la Ley 599 de 2000, también lo es que las diferencias existentes entre ambas regulaciones son aparentes. Veamos:

Normas objetadas

Código Penal. Título II.

Devastación (art. 155) El que en actos del servicio y sin justa causa destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otro bien de utilidad pública o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.

ARTICULO 154. DESTRUCCION Y APROPIACION DE BIENES PROTEGIDOS. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruya o se apropie por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista, de los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares.

2. Los culturales y los lugares destinados al culto.

3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil.

4. Los elementos que integran el medio ambiente natural.

5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

ARTICULO 155. DESTRUCCION DE BIENES E INSTALACIONES DE CARACTER SANITARIO.. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, y sin que haya tomado previamente las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque o destruya ambulancias o medios de transporte sanitarios, hospitales de campaña o fijos, depósitos de elementos de socorro, convoyes sanitarios, bienes destinados a la asistencia y socorro de las personas protegidas, zonas sanitarias y desmilitarizadas, o bienes e instalaciones de carácter sanitario debidamente señalados con los signos convencionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTICULO 156. DESTRUCCION O UTILIZACION ILICITA DE BIENES CULTURALES Y DE LUGARES DE CULTO. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque y destruya monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, o utilice tales bienes en apoyo del esfuerzo militar, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (180) meses y multa de doscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (266.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTICULO 160. ATENTADOS A LA SUBSISTENCIA Y DEVASTACION. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ataque, inutilice, dañe, retenga o se apodere de bienes o elementos indispensables para la subsistencia de la población civil, incurrirá en prisión ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Saqueo (art. 156). Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa, y en beneficio propio o de un tercero, incurrirán en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Requisición arbitraria. (art. 157) El que sin justa causa ordenare o practicare requisiciones incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Requisición con omisión de formalidades. (art. 158) El que practicare requisición sin cumplir las formalidades y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Exacción. (art. 159)El que abusando de sus funciones, obligue a persona integrante de la población civil a entregar o poner a su disposición cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión en de dos (2) a cinco (5) años.

ARTICULO 163. EXACCION O CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS. El que, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, imponga contribuciones arbitrarias incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Contribuciones ilegales. (art. 160). El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

ARTICULO 163. EXACCION O CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS.El que, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, imponga contribuciones arbitrarias incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como se puede advertir, en algunos casos las conductas descritas en las normas objetadas aparecen ya consagradas en el Código Penal, incluso con el mismo nomen iuris, tal y como sucede con la devastación, las exacciones y las contribuciones arbitrarias, en tanto que el saqueo no es más que un hurto agravado.

Ahora bien, en la sentencia se sostiene que los comportamientos descritos en las normas objetadas son bien distintos a los estipulados en el Título II del Código Penal, ya que mientras en los primeros se está ante tipos penales con sujeto activo cualificado (miembros de las fuerzas armadas), en los segundos se trata de sujetos activos indeterminados.

Al respecto cabe señalar que si bien, prima facie, es cierta la diferencia anteriormente señalada, también lo es que con la reforma al Código Penal ordinario se pretendió penalizar las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas por todos los combatientes, se tratara de miembros de la fuerza pública o de integrantes de grupos armados irregulares. De allí que era innecesario repetir aquellos tipos penales en el Código Penal Militar.

Por otra parte, en la sentencia se asegura, equivocadamente, que (i) los delitos tipificados en las normas objetadas no guardan relación con el conflicto armado; y (ii) que además no tienen como bienes jurídicos tutelados las personas protegidas por el derecho internacional humanitario y los bienes civiles. En efecto, los delitos de devastación, el saqueo, las exacciones y las contribuciones arbitrarias son comportamientos que no se cometen, por su naturaleza, en tiempo de paz sino durante un conflicto armado interno o internacional. Es más basta con examinar atentamente la redacción de las normas objetadas para encontrar en ellas la terminología propia del derecho internacional humanitario, en especial, la atinente al tema conocido como "conducción de hostilidades". Veamos:

"Artículo 155. Devastación. El que en actos del servicio y sin justa causa, destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública; o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, incurrirá en prisión de tres (3) a (6) años.

Artículo 156. Saqueo. Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero, incurrirán en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Artículo 157. Requisición arbitraria. El que sin justa causa ordenare o practicare requisiciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Artículo 158. Requisición con omisión de formalidades. El que practicare requisición sin cumplir las formalidades y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Artículo 159. Exacción. El que abusando de sus funciones, obligue a persona integrante de la población civil a entregar, o poner a su disposición cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Artículo 160. Contribuciones ilegales. El que sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años."

Adviértase entonces que las disposiciones objetadas aluden a ataques a bienes civiles, a operaciones de combate, a atentados contra integrantes de la población civil, es decir, expresiones y conceptos inherentes al derecho aplicable en la guerra (ius in bellum).

De igual manera, es equivocado sostener que mientras el Título II del Código Penal refiere a población y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, las normas objetadas aluden a actos relacionados con el servicio. En efecto, basta con verificar que los artículos del Código Penal Militar describen atentados muy graves cometidos por miembros de la fuerza pública contra los integrantes de la población y sus bienes, tales como la devastación, el saqueo y las exacciones, delitos todos que, como se explicó, se cometen con ocasión y en desarrollo de las hostilidades.

En tal sentido, el fallo del cual me aparto parcialmente incurre en grave contradicción por cuanto, por una parte declara fundada la objeción presidencial referente al artículo 3º del

proyecto de ley, por cuanto tampoco se relacionan con el servicio los crímenes de lesa humanidad y los atentados contra el derecho internacional humanitario, pero por otra estima que crímenes de guerra atroces como son la devastación, el saqueo y las exacciones, entre otros, sí son delitos relacionados con el servicio, y por ende, de conocimiento de la justicia penal militar. Tal postura, por lo demás, desconoce una jurisprudencia constante sentada por la Corte Constitucional en el sentido de que las infracciones graves al derecho internacional humanitario no guardan relación con el servicio, y por ende, deben ser investigadas por la justicia penal ordinaria.

3. Las normas objetadas pretenden que conductas muy graves, imputables a miembros de la fuerza pública, sean conocidas por la Justicia Penal Militar, aplicando además penas más benévolas que las establecidas por el Código Penal ordinario.

El hecho de que diversas conductas reprochables aparezcan repetidas en dos textos normativos no ofrecería reparo alguno sino fuera por la circunstancia de que, en el caso concreto, crímenes de guerra serán conocidos por la justicia penal militar, y no la ordinaria, y además con la imposición de penas más bajas. Así por ejemplo, mientras que la devastación está sancionada en la norma objetada con una pena que oscila entre los 3 y los 6 años de prisión, el mismo comportamiento en el Código Penal ordinario está castigado con una pena entre (80) a ciento ochenta (180) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Iguales diferencias punitivas se observan en relación con los demás tipos penales.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado.

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-533 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

REQUISITO DE ANUNCIO PREVIO DE VOTACION EN TRAMITE LEGISLATIVO DE OBJECIONES PRESIDENCIALES-Incumplimiento por indeterminación de objeto y fecha (Salvamento de voto)

REQUISITO DE ANUNCIO PREVIO DE VOTACION EN TRAMITE LEGISLATIVO DE OBJECIONES PRESIDENCIALES-Incumplimiento constituye vicio insubsanable (Salvamento de voto)

JUSTICA PENAL MILITAR-Excepcional (Salvamento de voto)

La regla general es la aplicación de la jurisdicción penal ordinaria, mientras que el fuero militar es una excepción en todo Estado democrático y constitucional de Derecho, por cuanto lo corriente es que actúe la jurisdicción ordinaria.

CODIGO PENAL MILITAR-Algunos tipos penales regulados en el proyecto no son en su esencia delitos militares/JUSTICIA PENAL ORDINARIA-Competente para conocer y juzgar los delitos regulados en el proyecto (Salvamento de voto)

En criterio del suscrito magistrado, al Gobierno le asiste razón en sus objeciones, pues estos delitos en esencia no son delitos militares, ya que de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política sólo pueden serlo aquellas conductas que sólo pueden ser cometidas por lo miembros de la fuerza pública, que en los supuestos previstos en las normas demandadas, no lo son. Por consiguiente, no es aceptable que las conductas previstas por las normas demandadas puedan ser delitos de competencia de la justicia penal militar, como quiera que son delitos que se pueden cometer por los particulares y en esa medida, los miembros de la fuerza pública actuarían como tales. Las conductas tipificadas en las normas objetadas deben ser juzgadas por la justicia ordinaria.

Referencia: Expediente OP-100

Revisión oficiosa de las Objeciones Presidenciales al proyecto de Ley No. 111/06 Senado, 144/05 Cámara, "Por la cual se expide el Código Penal Militar"

Magistrada Ponente:

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, procedo a salvar mi voto a la presente decisión, respecto de los ordinales quinto y sexto de este fallo, mediante los cuales se declaran infundadas las objeciones presidenciales respecto de los artículos 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del Proyecto de Ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara "Por la cual se expide el Código Penal Militar", y como consecuencia se declaran exequibles dichos artículos únicamente respecto de los argumentos examinados en esta providencia. Lo anterior, por cuanto considero que la Ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara es inconstitucional tanto por razones de forma, relativas al trámite de las objeciones presidenciales en las Plenarias de Cámara y Senado, como por razones de fondo, relativas a la inconstitucionalidad de los artículos objetados, como me permito exponer a continuación:

I. Examen formal

En cuanto al examen formal del trámite de las objeciones presidenciales, para el suscrito magistrado es claro que en el trámite de las objeciones no se cumplió en debida forma con el requisito de aviso previo de la votación del informe sobre las objeciones tanto en la Plenaria de la Cámara como del Senado, pues no se señala el objeto del anuncio, ni para cuándo se hace, existiendo por tanto indeterminación respecto del objeto y fecha del anuncio previo para votación que exige el artículo 160 Superior.

En este sentido, me permito reiterar los argumentos con base en los cuales sostengo que el requisito del anuncio previo para votación con el lleno de todas las exigencias constitucionales es fundamental para la validez de las normas jurídicas y su falta constituye un vicio insubsanable. A este respecto me referiré (i) en primer lugar, al problema de teoría del derecho respecto de la producción de las normas jurídicas, la validez de las mismas, y su importancia en el control constitucional; y (ii) en segundo lugar, a la naturaleza del anuncio previo para votación de los proyectos como requisito constitucional.

1. El problema de la producción de las normas jurídicas, la validez de las mismas, y su

importancia en el control constitucional

Se hace necesario entonces tomar una postura clara de teoría y filosofía del derecho, en relación con el concepto de norma jurídica, el cual entraña el concepto de validez de las mismas, lo cual a su vez conlleva necesariamente la pregunta por el modo de producción jurídico-institucional de las normas. De este modo, tenemos que en un sistema jurídico es fundamental determinar en primer término, qué es norma jurídica, elemento básico y esencial del derecho, como el concepto de "célula" para la biología. Por ello, la primera parte de teoría del derecho se encuentra dedicada al análisis y determinación de lo que es norma jurídica, parte esencial de la cual, es la pregunta de cuándo un enunciado normativo hace parte del sistema jurídico, o en otros términos, a la pregunta por la validez de los preceptos jurídicos14. Esta problemática corresponde a la teoría de las normas y aborda la parte estática del derecho15.

No obstante, el derecho no está compuesto por una sola norma sino por una pluralidad de normas jurídicas. En consecuencia, la segunda parte de la teoría del derecho es la que se refiere a la teoría del ordenamiento jurídico que aborda la parte dinámica de las normas16. En esta parte se encuentra el análisis de lo que son las antinomias jurídicas, para resolver las cuales hay que acudir a los criterios de vigencia en el tiempo y/o jerarquía de los enunciados jurídicos validos, así como los problemas de unidad, coherencia y plenitud de los ordenamientos jurídicos.

Vista la estructura fundamental de la teoría del derecho, es claro entonces que el primer problema fundamental del sistema jurídico es la determinación de qué es una norma jurídica, cuándo una norma nace al ordenamiento jurídico, o en otros términos, qué normas pertenecen y cuáles no al sistema jurídico, problema que se encuentra analítica e intrínsecamente ligado al problema de la validez de la norma jurídica, el cual es un problema tan fundamental y esencial en el derecho que es anterior al problema de la vigencia y de la eficacia de las normas, puesto que la respuesta a este primer interrogante permite esclarecer la cuestión de la carta de nacimiento o naturaleza jurídica propiamente dicha de las normas, la pertenencia de las normas a un sistema jurídico, o con otras palabras, la cuestión del reconocimiento de las normas como jurídicas o pertenecientes a un sistema jurídico, es decir, como enunciados normativos jurídicos-positivos.

En este orden de ideas, aparece claro que la pregunta fundamental en el derecho es la pregunta por la existencia y validez de las normas jurídicas, por qué es norma jurídica, cuestiones que determinan la teoría de los actos jurídicos y la teoría de la nulidad en el derecho, desde la inexistencia de norma, la nulidad de la norma, hasta la existencia de norma con vicio o sin vicio de producción o formación. De manera que el cuestionamiento esencial en el derecho es entonces el de cómo surgen las normas en el mundo jurídico, esto es, cuándo una norma ha surgido correctamente en el mundo jurídico, es decir, con el lleno o cumplimiento de todos los requisitos establecidos para su creación. Este cuestionamiento corresponde exactamente a la pregunta por la validez.

La pregunta por la validez de las normas jurídicas, es decir, por la cuestión de si un enunciado normativo es norma jurídica, o en otros términos, si pertenece al sistema jurídico, de conformidad con las reglas prefijadas por el propio sistema para su reproducción, es la

pregunta fundamental que se debe hacer en el derecho, para posteriormente, y sólo si es contestada afirmativamente esta pregunta por la validez, se pueda continuar preguntando por la vigencia y la eficacia de las normas jurídicas válidas.

Esta característica propia de las normas jurídicas como válidas, es lo que llevó a Hans Kelsen a afirmar que el derecho pertenece al mundo del "deber ser" y no al mundo del "ser", ya que la pregunta por el derecho es la pregunta por la validez de la norma jurídica, es decir, por la existencia deontológica, y no la pregunta por la existencia fenomenológica de las cosas, lo que condujo al filósofo del derecho austriaco a sostener que por ello mismo la lógica formal no funciona para el derecho, por cuanto su finalidad es la constatación de una correspondencia con un fenómeno del mundo del ser, mientras que en cambio en el derecho de lo que se trata es de constatar si una norma es válida, es decir de si existe en el mundo del derecho o del "deber ser" y ello de acuerdo con aquellas reglas que estipulan y prevén los presupuestos para su producción jurídica17. Así mismo, esta característica de la validez, propia del derecho, es lo que permite explicar, según Kelsen, que se puedan encontrar normas válidas que se opongan entre sí y sin embargo sigan siendo válidas.

A este respecto, hay que recordar que el sistema jurídico es como el ave fénix que se crea y se reproduce a sí mismo, y contiene por tanto normas que estipulan la forma de la reproducción de las normas jurídicas, las cuales Hart denomina "reglas secundarias"18. Así mismo, a este problema fundamental del derecho acerca de la determinación de la pertenencia o no de una norma a un sistema jurídico de conformidad con las normas o reglas previstas por el propio sistema para su reproducción, es lo que Hart identificó como el problema del reconocimiento de las normas jurídicas como tales, a cuyo problema contribuyó con su teoría de la "regla de reconocimiento y validez jurídica"19.

Así entonces, el derecho será válido siempre y cuando satisfaga los requisitos que se establecen para la producción del mismo derecho y que están señalados por las reglas de producción del derecho en la Constitución.

Lo anterior, lo ejemplifica el filósofo del Derecho H.L.A. Hart de la siguiente manera: "Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por otra regla. ¿Es válida esta pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire? Sí: porque fue dictada en ejercicio de potestades conferidas y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un decreto del Ministerio de Salud Pública. A este primer nivel, el decreto suministra los criterios para apreciar la validez de la ordenanza. Puede no haber necesidad práctica de seguir adelante; pero existe la posibilidad de hacerlo. Podemos cuestionar la validez del decreto y apreciarla en términos de la ley que faculta al Ministro a adoptar tales medidas"20

Así también nuestra Constitución contempla para la producción de normas con fuerza de ley, por ejemplo, el requisito de publicación previa del proyecto de ley (inc.1 art. 157 CN); cuatro (4) debates, dos en cada una de las cámaras, y en cada una de ellas un primero en la comisión correspondiente y un segundo en plenaria (inc. 2 art. 57, 165); la existencia de quórum deliberatorio y de determinadas mayorías (p.e. art. 153); el cumplimiento del anuncio de votación del proyecto en cuestión, con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la propia Carta (art. 160 C.P); términos específicos entre cada debate en

cada Cámara y entre los debates en una y otra Cámara (art. 160); límites de trámite en los periodos legislativos (art. 162), la sanción presidencial (art.168), entre otros.

Ahora bien, cuando se hace control de constitucionalidad, éste apunta en primerísimo lugar a comprobar la validez de la norma jurídica, a constatar si se respetó o no el camino demarcado por el propio sistema jurídico, esto es, los procedimientos de producción del derecho, para que pueda catalogarse tal norma como norma válida. El control constitucional en este aspecto no es por tanto cosa de poca monta, ya que cuando el constituyente dice que exige ciertos requisitos para poder otorgar carta de validez a las normas jurídicas, al Tribunal Constitucional le corresponde controlar y verificar que dichos requisitos se hayan respetado y cumplido a cabalidad. Por tanto esta labor es de suma importancia, este control constitucional sobre la forma de producción de las normas jurídicas y sobre la validez de las mismas, es lo más importante, porque a partir de este control se debe determinar qué norma es reconocida como válida, es decir, qué norma pertenece al sistema jurídico, o en otros términos, qué enunciado normativo es en realidad norma jurídica. En este sentido, el control constitucional formal no es una cuestión de simple formalismo, por cuanto no puede existir derecho sin que se respeten las condiciones procedimentales de formación de las normas jurídicas preestablecidas por el propio ordenamiento, lo cual es una característica fundamental de un Estado de Derecho.

La pregunta por la validez jurídica de las normas y el control constitucional respecto de dicha validez jurídica, sigue siendo por tanto un tema de trascendental importancia para el derecho y esto es precisamente lo que controla en primera instancia el Tribunal Constitucional, la pregunta sobre cuáles enunciados normativos pertenecen efectivamente o no al ordenamiento jurídico. Todos los demás temas son por tanto posteriores al tema de la validez, es decir, el tema de la vigencia, de la eficacia y el análisis de si el contenido sustancial de la norma es acorde o no con la Constitución.

Es por esta razón que la producción del Derecho y sus formas, permiten entender al pueblo que el producto realizado está acorde con el objetivo popular y con la misma existencia del Estado, y les otorga una presunción de validez. Los trámites y cauces en los cuales se encamina la producción normativa deviene de la misma legitimidad que el pueblo otorga al producto final, es decir el Derecho.

En consecuencia, sólo pueden valorarse o reconocerse como válidas y legítimas las reglas de obligación si provienen de las reglas de reconocimiento y de su aplicación adecuada. Situación del Estado de Derecho totalmente contraria al Estado absolutista donde el único criterio para identificar algo como derecho era aquello sancionado por el rey. En palabras más sencillas, debe decirse que la manera para identificar el derecho aceptado por los individuos esta basada en aquel derecho que provenga o sea el resultante de las reglas de reconocimiento o formas de producción establecidas en la Constitución.

Cualquier otra cosa que se obtenga como resultado sin el cumplimiento de estas reglas de reconocimiento constitucionales no puede avalarse como derecho legítimo aceptado por los individuos. Es decir, existe la posibilidad de que el legislador produzca “derecho” sin el cumplimiento de las reglas de reconocimiento. Evento en el cual, este “derecho” no es válido, a la luz de poder político en cabeza del pueblo.

En síntesis, la suplantación de la forma de producción de derecho, sin dudas elimina la legalidad y legitimidad que éste debe tener, afecta inmediatamente su validez y hace no obligatorio su cumplimiento. Y esto es así, por cuanto es el propio derecho el que determina su forma de producción y ello es la garantía que el pueblo mismo tiene que la producción de parámetros de convivencia social pacífica se realice acorde con lo preestablecido por él mismo, en cabeza del Estado de Derecho y su ordenamiento jurídico y no por fruto del capricho o el deseo de quien produzca normas, lo que estaría más cercano a la vivencia del Estado absolutista y el poder de dictar parámetros de un ente diferente del soberano.

2. El anuncio previo como requisito constitucional para votación de los proyectos de ley (Artículo 160 C. P)

Respecto de la trascendencia constitucional del requisito establecido en el artículo 160 constitucional, esta Corte ha manifestado:

"El inciso final del artículo 160 de la Constitución Política dispone que ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. En el mismo sentido, establece que el aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la presidencia de cada Cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación.

Como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia,21 el anuncio de la votación pretende hacer eficaces valores y principios constitucionales primordiales para la actividad legislativa. En efecto, el anuncio permite que los congresistas conozcan con la debida antelación qué proyectos de ley van a ser sometidos a votación, requisito indispensable para la concreción del principio de publicidad propio de la actividad congresional y, por ende, para la adecuada formación de la voluntad democrática al interior de las cámaras. Además, el cumplimiento del requisito mencionado facilita la actuación de los ciudadanos y las organizaciones sociales en el trámite de aprobación de los proyectos de ley, lo cual materializa la democracia participativa y el ejercicio de los derechos políticos previstos en el artículo 40 C.P.

Este precedente ha previsto, además, las condiciones fácticas requeridas para acreditar el cumplimiento de la obligación del anuncio de la votación. Así, resultará comprobado el requisito cuando (i) el anuncio de la votación de un proyecto de ley se realiza en sesión anterior y, por ende, distinta a la que se lleve a cabo la aprobación de la iniciativa (ii) la Presidencia de la cámara correspondiente informa expresa y claramente a sus integrantes que determinado proyecto de ley será sometido a votación en sesión posterior; y (iii) la fecha de esa sesión posterior para la cual fue convocada la votación sea determinada o, al menos, determinable.

En el mismo sentido, la Corte ha estimado que el incumplimiento del requisito mencionado es un vicio de naturaleza insubsanable, que acarrea la inexequibilidad de la disposición. Ello debido a que se trata de una instancia del procedimiento legislativo prevista de forma expresa por la Carta Política. Por ende, hace parte de las disposiciones que conforman el parámetro superior para la validez del procedimiento legislativo destinado a la creación de normas jurídicas, por lo cual debe ser aplicada de forma preferente en virtud del principio de supremacía constitucional (Art. 4 C.P.).

Bajo la misma perspectiva y de conformidad con lo expresado anteriormente, esta exigencia busca hacer eficaces tanto el principio de publicidad y transparencia en el trámite legislativo, como la democracia participativa y el respeto de las minorías parlamentarias. Así, se trata de un presupuesto formal relevante para la adecuada formación de la voluntad democrática de las cámaras legislativas, esto es, que hace parte del mínimo de requisitos exigibles para que el procedimiento de formación de las leyes cumpla con sus propósitos constitucionales.

Por último, la omisión del anuncio para la votación es un vicio de procedimiento que afecta el trámite subsiguiente puesto que, en atención del principio de consecutividad, la validez de cada una de las etapas del procedimiento para la formación de las leyes depende, a su vez, de la validez de las actuaciones antecedentes. En esa medida, no sería posible aplicar la facultad de subsanación prevista en el parágrafo del artículo 241 C.P.

(…) La Sala insiste en que el requisito para el procedimiento legislativo previsto en el inciso final del artículo 160 C.P. obliga a que al interior de las cámaras legislativas sean anunciados, de manera específica, cierta y expresa, cuáles son los proyectos de ley que serán sometidos a votación en la siguiente sesión y la fecha, determinada o determinable, en que se realizará esa reunión (…)”22(Negrilla fuera de texto)

En conclusión, el cumplimiento del anuncio previo con el lleno de las exigencias constitucionales hace efectivo al interior del trámite parlamentario de leyes y actos legislativos una serie de principios constitucionales, dentro de los que se realza el Estado Social de derecho. Principios éstos que pretenden que los congresistas conozcan qué proyectos van a ser sometidos a debate y votación. Lo anterior, como resultado del principio de contradicción, pilar de las sociedades democráticas, el cual busca que las normas que rigen la sociedad sean debatidas, discutidas y posteriormente sean votadas. Para lo anterior, es indispensable que los congresistas conozcan de manera cierta y clara en qué momento del trámite parlamentario los proyectos serán debatidos, discutidos y votados.

Ahora bien, de no cumplirse dicho conocimiento antecedente por parte de los congresistas, no existiría la idónea formación de la ley o del acto legislativo como expresión de la voluntad democrática. Esto por cuanto dicho desconocimiento impediría la oportunidad de debatir, discutir y hasta votar dichos proyectos por parte de los congresistas. En consecuencia, la norma resultante de un proceso que adolece del requisito señalado, no responde a la expectativa cierta de los asociados quienes depositan su confianza en los órganos del Estado, en este caso el Congreso, de que las normas se guiarán por los causes de producción que la Constitución, como norma de normas, establece para su fabricación.

Adicionalmente, otras cuatro razones fortalecen y ratifican la exigencia, dentro del trámite de aprobación de una ley, del requisito establecido en el artículo 160 Constitucional. Estas son:

a. La Constitución Política de Colombia establece en su artículo 183 las causales de pérdida de investidura de los congresistas; dentro de las cuales se encuentra la señalada en el numeral segundo que indica: “Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura. “ (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, el ordenamiento superior prevé que un congresista de la República puede perder su investidura por el hecho de no asistir en un mismo período de sesiones a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de ley. En este orden de ideas, el anuncio previo de los proyectos de ley que serán debatidos y votados en sesión posterior cierta y determinada (artículo 160 constitucional) es sin duda una garantía que la misma norma superior estableció para los congresistas, los cuales, conocedores de que un proyecto se debatirá y votará en sesión posterior cierta y determinada y, de las consecuencias señaladas en el artículo 183 numeral 2 de la Constitución, asumen las responsabilidades que la propia Constitución y la ley les exigen.

Por el contrario, el no cumplimiento del anuncio previo de que trata el artículo 160 constitucional, deja sin sustento la garantía constitucional que la norma superior ha otorgado a los congresistas para que asuman sus funciones con la responsabilidad que les es debida. En otras palabras, el no cumplimiento del requisito esbozado impediría exigir responsabilidad a los congresistas con base en el artículo 183 numeral 2 constitucional, por falta de conocimiento de la reunión plenaria en la que se votaría un proyecto de ley.

b. En este mismo orden de ideas, cualquier ciudadano necesita conocer, de manera cierta y determinada, cuándo se va a votar un proyecto de ley que lo puede afectar, ya que se debe legislar consultando el interés general. Lo anterior, con el propósito de que pueda hacer valedero el principio constitucional de participación en las decisiones políticas en cabeza de todos los ciudadanos, consagrado entre otros artículos en el 2, 40, 103, 153, 154, 155, 159 de la Constitución Nacional. Así las cosas, el ciudadano puede ejercer no sólo la vigilancia y el control social sobre la producción de las normas jurídicas que le van a ser aplicadas sino que igualmente puede participar de manera activa en la toma de esas decisiones, lo cual es un presupuesto del ordenamiento jurídico democrático y la cultura participativa.

c. El artículo 160 de la Constitución al exigir que ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente de aquella que previamente se haya anunciado y que por consiguiente dicho aviso debe realizarse en sesión distinta a aquella en la cual se realiza la votación, en realidad lo que está señalando es un prerrequisito de competencia del Congreso de la República para votar proyectos de ley y actos legislativos.

En otras palabras, la Constitución establece que el Congreso de la República, sea las comisiones o sea las Cámara en pleno, será competente para votar un proyecto de ley, como en el presente caso, solamente y de manera única cuando se haya efectuado en debida forma el anuncio de que trata el artículo 160 constitucional. De no ser así, el congreso carece de la competencia constitucional necesaria para votar un proyecto de ley. Lo anterior por falta del anuncio previo exigido en la norma de la Constitución mencionada.

Por tanto, si el Congreso vota un proyecto de ley sin la realización o la mala realización del anuncio previo, tantas veces mencionado, estaría actuando por fuera de las competencias asignadas constitucionalmente y por consiguiente el acto constituye una irregularidad superlativa a la luz de la Constitución por ser contrario a ésta, lo cual acarrea una sanción mayor por no respetar el procedimiento establecido, sanción ésta consistente en la expulsión del ordenamiento jurídico.

Así pues, al señalar la Constitución de manera expresa una prohibición – que ningún proyecto

de ley será sometido a votación en sesión diferente de aquella que previamente se haya anunciado y que por consiguiente dicho aviso debe realizarse en sesión distinta a aquella en la cual se realiza la votación – su no cumplimiento genera de manera inmediata la incompetencia del Congreso de la República – comisiones o Cámara en pleno – para votar dicho proyecto de ley. En consecuencia, de votarse un proyecto de ley sin el cumplimiento pleno de los requisitos exigidos para el anuncio previo para votación consagrado en el artículo 160 constitucional se estaría violando la prohibición constitucional anotada, se estaría actuando sin competencia y dicho acto traería consigo un vicio mayor que aparejaría como sanción su expulsión del ordenamiento jurídico.

d. Adicionalmente, el inciso adicionado al artículo 160 por el Acto Legislativo 01 del 2003, consagra que "(e)l aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la presidencia de cada Cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación" (negrilla fuera de texto), con el fin de darle mayor seriedad, solemnidad y certeza a la determinación de la sesión en la cual se llevará a cabo la votación.

De conformidad con esta disposición superior es claro que la obligación del anuncio para votación tiene que ser realizada por la presidencia de cada Cámara o de la comisión correspondiente, de lo cual resulta evidente que el cumplimiento de este requisito constitucional es tan importante que el mismo constituyente no se lo dejó a cualquier persona sino que lo asignó al propio presiente(a) de cada Cámara o de la comisión respectiva.

A juicio de la Corte, la exigencia de que el anuncio lo haga la presidencia de cada Cámara o comisión trae importantes consecuencias jurídicas a saber: (i) en primer lugar, que si el anuncio no lo hace la presidencia de cada Cámara o comisión, entonces no existe anuncio alguno; (ii) en segundo lugar, que si se llega a presentar una discrepancia entre lo anunciado por la presidencia frente a lo anunciado por el secretario, prevalece en todo momento el anuncio hecho por la presidencia; (iii) en tercer lugar, que esta función se le otorgó a la presidencia de la Cámara o comisión correspondiente, con el fin de que no existiera duda respecto de cuándo se va a votar de forma cierta y determinada el proyecto legislativo, al otorgarle mayor seriedad, solemnidad y certeza al anuncio.

Pues bien, en síntesis la exigencia constitucional establecida en el artículo 160 determina como norma de producción del derecho, que "ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la presidencia de cada Cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación"

Así las cosas, requisitos de producción del derecho, como el del anuncio previo, establecido en la propia Constitución hace que el vicio que respecto de éste se presente sea insubsanable, por la alta trascendencia que al interior de un Estado de Derecho posee la decisión popular vertida en la Constitución Política, al optar por la forma de producción del derecho que va a seguir.

3. Con fundamento en lo anterior, el suscrito magistrado reitera, como lo he sostenido en innumerables oportunidades, que la exigencia de cumplimiento del anuncio para votación contenido en el artículo 160 Superior no es un simple formalismo sino que es de fundamental

importancia en un Estado constitucional y democrático de Derecho puesto que atañe directamente al problema de la validez de las normas jurídicas y de su legitimidad democrática, y que su falta o irregularidad constituye un vicio procedimental insubsanable por ser una exigencia de origen constitucional que insisto, se encuentra fundamentada en la exigencia de validez de las normas jurídicas y en la garantía de la transparencia y la participación en el procedimiento democrático de creación de leyes.

II. Examen material

1. En cuanto al tema de fondo, debo realizar una precisión relativa a que la regla general es la aplicación de la jurisdicción penal ordinaria, mientras que el fuero militar es una excepción en todo Estado democrático y constitucional de Derecho, por cuanto lo corriente es que actúe la jurisdicción ordinaria.

2. Así también debo indicar que lo más problemático sigue siendo que exista la categoría de delitos relacionados con el servicio a cargo de la fuerza pública, como quiera que desde el punto de vista lógico-jurídico no hay ningún servicio público que pueda implicar delitos. A mi juicio, existe por tanto una antinomia en este tema, en la medida en que si se actúa por fuera de la ley se está también por fuera del servicio público, no pudiendo existir por tanto desde un punto de vista conceptual delitos del servicio. Es precisamente por esta razón que la figura del fuero penal militar se ha eliminado en algunos países como por ejemplo en Bélgica.

Por tanto, el suscrito magistrado discrepa por principio de la figura del fuero penal militar para delitos del servicio, figura que como lo expuse encierra una contradicción lógico-jurídica.

3. No obstante lo anterior, es de señalar también que la esencia de los delitos militares es la de que no se pueden cometer sino por los miembros de la fuerza pública, de modo que si en estos delitos puede incurrir un individuo que no pertenece a dicha fuerza, no se justifica el fuero militar para estos delitos. Así mismo, es de indicar que existen unos delitos que per se no pueden ser delitos cubiertos por el fuero militar, como en el caso de las violaciones de derechos humanos o delitos de lesa humanidad.

En el caso concreto de las normas objetadas, se advierte que los tipos penales también pueden ser cometidos por particulares, a lo que se agrega que la ley prevé penas menores, por lo cual se convierten en una causa de impunidad.

En criterio del suscrito magistrado, al Gobierno le asiste razón en sus objeciones, pues estos delitos en esencia no son delitos militares, ya que de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política sólo pueden serlo aquellas conductas que sólo pueden ser cometidas por lo miembros de la fuerza pública, que en los supuestos previstos en las normas demandadas, no lo son.

Por consiguiente, este magistrado debe insistir en que no es aceptable que las conductas previstas por las normas demandadas puedan ser delitos de competencia de la justicia penal militar, como quiera que son delitos que se pueden cometer por los particulares y en esa medida, los miembros de la fuerza pública actuarían como tales. Debo reiterar también, que

los jueces especiales son para los delitos típicamente militares, es decir, aquellos que sólo pueden ser cometidos por militares. En este orden de ideas, el fuero penal militar se debe mantener únicamente para los delitos típicamente militares, sin que haya necesidad de mirar caso por caso. Por ello, las conductas tipificadas en las normas objetadas deben ser juzgadas por la justicia ordinaria.

4. A lo ya expuesto, este magistrado se permite agregar que las objeciones presidenciales bajo estudio se fundamentan en la sentencia C-358/97. De acuerdo con la jurisprudencia, hay que rescatar la regla general según la cual quien comete un delito debe ir al juez ordinario. Así mismo, es de observar que en algunos de esos delitos lo que hay es un sujeto calificado y aunque el militar es funcionario público se excluye de la regla general pasando a ser juzgado por la jurisdicción penal militar. Por tanto, en mi opinión estas normas desconocen las sentencias de la Corte Constitucional en la materia.

5. Adicionalmente, para el suscrito magistrado es claro que las normas objetadas desconocen el principio del juez natural, como quiera que en un caso conoce de ellas un juez penal militar, no obstante que se está frente a la misma conducta punible y las consecuencias son distintas e inclusive más benignas, en el caso de que sean cometidas por un integrante de la fuerza pública. A mi juicio, se acababa la distinción entre penas mayores y menores y la aplicación de agravantes y atenuantes.

6. Por último, es de observar que el artículo 163 del Código Penal Militar no dijo nada acerca de la competencia penal internacional y que en todo caso siempre debe aplicarse el principio de favorabilidad, por lo que si la conducta entra en ese Código, es posible que las penas sean menores, no obstante que se trata de las mismas conductas que pueden cometer los particulares. Así, un saqueo o la exacción cometida con ocasión de un conflicto en contra de la población civil no combatiente se excluyen del Estatuto de Roma y de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, lo cual constituye un retroceso.

Por las razones anteriormente expuestas, discrepo de la presente decisión.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

1 Cfr. las sentencias C-324 de 1997 MP. Alejandro Martínez Caballero; C-268 de 1995, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, C-089 de 2001, MP: Alejandro Martínez Caballero.

2 A folio 10 del cuaderno principal aparece la constancia sobre anuncio para votación expedida por el Secretario General de la Cámara de Representantes, doctor Angelino Lizcano Rivera. En ella se lee:

“Bogotá, D.C., 27 de Noviembre de 2007

En sesión Plenaria de la fecha, fue considerado y aprobado, el informe sobre Objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley No. 144 de 2005 Cámara -111 de 2006 Senado, ‘POR LA CUAL SE EXPIDE EL CODIGO PENAL MILITAR’. Según consta en el Acta de Sesión Plenaria No.

084 de noviembre 27 de 2007, previo su anuncio en Sesión Plenaria del día 21 de noviembre de 2007, según consta en el Acta de Sesión Plenaria No. 083".

3 Corte Constitucional, Sentencia C-721 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 A folio 2 del cuaderno principal aparece la constancia sobre anuncio para votación, expedida por el Secretario General del Senado, doctor Emilio Otero Dajud. En ella se lee:

"Bogotá, 06 de diciembre de 2007

En sesión Plenaria del H. Senado de la República del día miércoles cinco (05) de diciembre del año de dos mil siete (2007), fue considerado y aprobado con el quórum constitucional requerido, el informe presentado por el Honorable Senador Juan Carlos Uribe Vélez, miembro de la Comisión Accidental para rendir informe sobre las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Ejecutivo, al Proyecto de Ley No. 111 DE 2006 SENADO -144 DE 2005 CAMAARA 'POR LA CUAL SE EXPIDE EL CODIGO PENAL MILITAR'. Publicado en la Gaceta de No. 589/07.

La presente sustanciación se hace con base en el registro hecho por la Secretaría General de esta Corporación, en esta misma sesión Plenaria y con el quórum constitucional correspondiente.

La aprobación de esta iniciativa se realizó previo su anuncio en la sesión Plenaria del día 04 de diciembre del presente año, como consta en el Acta de plenaria No. 24".

5 Sentencias C-309 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, S.V. Jaime Araujo Rentería, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto; C-181 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-933 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-864 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, S.V. Jaime Araujo Rentería; C-863 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, S.V. Jaime Araujo Rentería; C-649 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, A.V. Jaime Araujo Rentería; C-576 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, S.P.V. Jaime Araujo Rentería; C-420 de 2006, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-322 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, S.V. Jaime Araujo Rentería, S.V. Alfredo Beltrán Sierra; C-276 de 2006, Ms.Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, S.V. Jaime Araujo Rentería, S.V. Alfredo Beltrán Sierra, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto; C-241 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras decisiones. También pueden consultarse los autos de Sala Plena Nos. 145 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; 119 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, S.V. Jaime Araujo Rentería; 078 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 053 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, S.V. Jaime Araujo Rentería; 013 de 2007, M.P. Alvaro Tafur Galvis, S.V. Jaime Araujo Rentería, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto, S.V. Clara Inés Vargas Hernández; y 311 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto, S.V. Clara Inés Vargas Hernández, entre otros.

6 Ibidem.

7 Sentencias C-927 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-718 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-502 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, S.V. Jaime Araujo Rentería; C-309 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, S.V. Jaime Araujo Rentería, S.V. Humberto

Antonio Sierra Porto; C-933 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-864 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, S.V. Jaime Araujo Rentería; C-863 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, S.V. Jaime Araujo Rentería; C-649 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, A.V. Jaime Araujo Rentería; C-576 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, S.P.V. Jaime Araujo Rentería; C-337 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, S.V. Jaime Araujo Rentería; C-322 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, S.V. Jaime Araujo Rentería y S.V. Alfredo Beltrán Sierra; C-276 de 2006, Ms.Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, S.V. Jaime Araujo Rentería, S.V. Alfredo Beltrán Sierra y S.V. Humberto Antonio Sierra Porto; C-241 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1040 de 2005, Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, S.V. Jaime Araujo Rentería, S.V. Alfredo Beltrán Sierra, S.V. Jaime Córdoba Triviño, SPV y AV. Humberto Antonio Sierra Porto; y C-780 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, S.V. Jaime Araujo Rentería, S.V. Alfredo Beltrán Sierra y S.P.V. Rodrigo Uprimny Yepes. También ver autos de Sala Plena Nos. 232 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, S.V. Jaime Araujo Rentería; 145 de 2007, M.P. Nilsón Pinilla Pinilla; 119 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, S.V. Jaime Araujo Rentería; 053 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, S.V. Jaime Araujo Rentería; y 311 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto, S.V. Clara Inés Vargas Hernández.

8 Sentencia C-358 de 1997

9 Constitución Política, arts. 217 y 218

10 Sentencia C-358 de 1997

11 “ “ “ “

12 Sentencia C-358 de 1997

13 “ “ “ “

14 Sobre el concepto y la validez de las normas jurídicas ver Hans Kelsen, Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho, Fontamara, México, 1992, Págs. 52-60, 62-65. Así mismo, Riccardo Guastini, Distinguiendo, estudios de teoría y metateoría del derecho, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 92-110, 307-343.

15 Norberto Bobbio, Teoría del Derecho, Editorial Temis, 2007, Págs. 3-139.

16 Ibidem, Págs. 143-265.

17 Sobre este tema consultar Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Porrua, 1998.

18 Ver H.L.A. Hart, El concepto del Derecho, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Págs. 99-125.

19 Ver H.L.A. Hart, El concepto del Derecho, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Págs. 125-137.

20 Ibidem, Pág. 133.

21 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-533/04, C-644/04, C-333/05, C-400/05, y C-473/05.

22 Corte Constitucional Sentencia C- 930 de 2005.