

Sentencia C-709/02

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Suspensión de ejecución de sentencia condenatoria en materia penal militar

FUERZAS MILITARES-Finalidad primordial

FUERZAS MILITARES-Condiciones de disciplina, servicio y honor sancionadas como delitos

INSTITUCION CASTRENSE-Tipos penales relacionados con funciones propias de miembros

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL-Mayor relevancia de ciertos bienes jurídicos aunque punibilidad sea menor/DELITO MILITAR-Mayor relevancia de ciertos bienes jurídicos aunque punibilidad sea menor/DELITO MILITAR-Especialidad

El legislador dentro de su órbita de libertad de configuración y atendiendo razones de política criminal y, sin introducir distinciones arbitrarias e irrazonables, puede estimar que existen unos bienes jurídicos de mayor relevancia que otros así la punibilidad sea menor, atendiendo la naturaleza misma de la institución que se está regulando y la especialidad de los delitos militares.

DERECHO PENAL MILITAR-Carácter especial

El derecho penal militar es un derecho especial en que la mayoría de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, supone la infracción grave de los deberes especiales que se encuentran relacionados con la disciplina a la cual se encuentran obligados los militares y con los deberes especiales en relación con el servicio, precisamente por ello, el legislador les ha otorgado un plus de antijuridicidad excluyéndolos de los beneficios o subrogados penales.

JUSTICIA PENAL MILITAR Y JUSTICIA PENAL ORDINARIA-Tratamiento diferenciador

Es importante recordar que esta Corporación al analizar aspectos del principio de igualdad y las diferencias de punibilidad entre hechos punibles en la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria, expresó que un tratamiento diferenciador puede partir del supuesto de la

mayor o menor entidad del hecho punible o del grado de la lesión de los bienes jurídicos tutelados “también la alternativa puede depender de la mayor o menor importancia que el legislador confiera a los bienes que se busca proteger, o del grado de culpabilidad que denote la conducta descrita. De cualquier manera, la opción mencionada dependerá del concepto valorativo del legislador respecto de estos elementos, valoración que, a su vez, estará condicionada por las circunstancias históricas, políticas y sociales que pueden llevar al legislador, como en efecto ha sucedido, a considerar que una conducta que hoy es delictiva, mañana pueda ser tenida como contravencional o viceversa”.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Finalidad/DETENCION PREVENTIVA-Finalidad

DETENCION PREVENTIVA-No incompatibilidad con la Constitución e instrumentos internacionales

LIBERTAD PROVISIONAL EN CODIGO PENAL MILITAR-Exclusión de delitos contra la disciplina y el servicio

PRINCIPIO FAVOR LIBERTATIS-Restricción

LIBERTAD-No es absoluta

CODIGO PENAL MILITAR-Delitos contra la disciplina, el servicio y el honor

BENEFICIOS O SUBROGADOS EN CODIGO PENAL MILITAR-Exclusión de delitos contra la disciplina, el servicio y el honor

Sala Plena

Referencia: expedientes D-3931

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 71, numeral 3°, 527 parcial, 529, numeral 2° y 539, numeral 1°, parcial, de la Ley 522 de 1999 “Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”.

Demandante: Jorge Eliécer García Sandoval

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil dos (2002).

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

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución Política el ciudadano Jorge Eliécer García Sandoval, presentó demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 71, numeral 3°, 527 parcial, 529, numeral 2° y 539, numeral 1° parcial, de la Ley 522 de 1999 “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

Por auto de 1 de marzo del año 2002, el magistrado sustanciador admitió la demanda, y ordenó fijar en lista las normas acusadas. Así mismo, se dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la misma y al señor Ministro de Defensa, con el objeto que si lo estimaban oportuno conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas demandadas.

### II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 43.665 de 13 de agosto de 1999, en el cual se subraya la parte cuya declaratoria de inexequibilidad se solicita.

Ley 522 de 1999

(agosto 12)

1. Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres (3) años de prisión.
2. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez

suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario.

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

ART. 527. Caución. La caución es juratoria o prendaria y se aplica con relación a los delitos cuya pena mínima sea inferior a dos (2) años de prisión, excepto lo previsto en el artículo que regula la detención.

La caución juratoria constará en acta, en la cual el procesado bajo juramento promete cumplir las obligaciones que se le hayan impuesto. Procederá cuando, a juicio del funcionario, el procesado carezca de recursos económicos para constituir caución prendaria.

ART. 529. Detención preventiva. La detención preventiva procede en los siguientes casos:

1. Cuando se proceda por delitos que tengan prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años.
2. Cuando se trate de delitos que atenten contra el servicio o la disciplina, cualquiera que sea la sanción privativa de la libertad.
3. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.
4. Cuando el procesado, injustificadamente, se abstenga de otorgar la caución prendaria o juratoria dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga, o del que resuelva el recurso de reposición, o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado.

ART. 539. Causales de la libertad provisional. Además de lo establecido en otras disposiciones, el procesado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria para asegurar su eventual comparecencia al proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella:

1. Cuando se profiera auto de detención con base en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 529 de este código, siempre que estén demostrados todos los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia.

En los demás casos, bastará con demostrar el requisito previsto en el numeral 1º del artículo 71 de este código.

2. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, de conformidad con la calificación provisional que debe dársele a los hechos.

Se considerará que ha cumplido la pena el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

La rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción.

La libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista.

3. Cuando se dicte en primera instancia cesación de procedimiento o sentencia absolutoria.

4. Cuando vencido el término de ciento veinte días 120 días de privación efectiva de la libertad, no se hubiere dictado resolución de acusación.

Este término se ampliará a ciento ochenta (180) días cuando sean tres o más los procesados contra quienes estuviere vigente medida de aseguramiento, de detención preventiva. Proferida la resolución de acusación, se revocará la libertad provisional, salvo que proceda causal diferente.

Cuando se trate del procedimiento especial y no se hubiere dictado el auto de iniciación del juicio, los términos previstos en el presente numeral se reducirán a la mitad.

5. Cuando haya transcurrido más de un (1) año a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la respectiva audiencia.

No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa, habiéndose fijado fecha para su celebración, no se hubiere podido realizar por causa atribuida al procesado o a su defensor.

6. Cuando el hecho punible se hubiere realizado en exceso de las causales de justificación.

7. En los delitos contra el patrimonio económico, cuando el procesado, antes de dictarse sentencia, restituya el objeto material del delito o su valor”.

### III. DEMANDA

Considera el ciudadano demandante que las disposiciones acusadas vulneran el artículo 13 de la Constitución Política, concretamente contrarían la razonabilidad y la proporcionalidad, pilares implícitos en el derecho a la igualdad, por cuanto, el Código Penal Militar en su artículo 71, numeral 3°, excluye del beneficio de la condena de ejecución condicional los delitos contra la disciplina, contra el servicio, el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la fuerza pública o de inutilización voluntaria, mientras que delitos de mayor entidad y mayor lesión de los bienes jurídicos tutelados, contenidos en la misma codificación, si tienen la posibilidad de condena condicional, como acontece con delitos como la devastación, el saqueo o el peculado.

Lo mismo sucede con las demás normas demandadas pues se consagra en el artículo 529 como medida de aseguramiento la detención preventiva para los delitos mencionados en el párrafo precedente, dejando para otros más graves o de mayor entidad la posibilidad de aplicar otras medidas de aseguramiento como la caución o la conminación, de la cual excluye los delitos contra la disciplina y el servicio, violando de esa forma el derecho a la igualdad. Así mismo, en el artículo 539, numeral 1°, se prohíbe la libertad provisional para los delitos mencionados, desconociendo además del derecho a la igualdad el principio del favor libertatis.

### IV. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA

La apoderada de la entidad interviniente solicita la constitucionalidad de las disposiciones demandadas. Los argumentos expuestos se resumen de la siguiente manera:

Dentro de toda fuerza militar el honor, la disciplina y el servicio, son condiciones esenciales

para su existencia, que consisten en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y obligaciones y deberes del subalterno. Aduce que el legislador establece abiertamente que tipos penales como la insubordinación, la desobediencia en distintas modalidades, el ataque y amenazas a superiores e inferiores, el abandono de comandos y puestos y del servicio, la deserción, el delito del centinela, etc., son tipos penales que por su condición esencial no pueden ser comparados con otros bienes jurídicos, pues, considera el Congreso que al otorgar beneficios a los sindicados y condenados en delitos contra la disciplina en cualquiera de las actuaciones militares, atentaría contra la columna vertebral sobre la que se edifica la institución armada, cual es la disciplina. Así lo entendió el legislador, de ahí que jamás podrían asimilarse el honor y la disciplina con otros bienes jurídicos como la administración pública o la población y, agrega que mucho menos podría afirmarse que esos bienes son de menor entidad como lo pretende hacer ver el demandante.

No comparte el argumento esgrimido por el accionante en relación con la violación del principio de igualdad, porque la justicia penal militar por su especialidad tiende a proteger con igual celo todos los bienes jurídicos tutelados, pero si el legislador consideró que los delitos contra el servicio y la disciplina no quedaran cobijados con el beneficio de la condena de ejecución condicional, lo hizo bajo la consideración que esos delitos son la razón de ser de cualquier cuerpo armado, su esencia, que es precisamente la de salvaguardar esos bienes jurídicos, sin los cuales la institución castrense o policial no tendría razón de ser. Agrega, que si se parte de la base que al contemplar penas mayores el delito es más grave, el raciocinio del actor es parcialmente cierto, sin embargo, señala que el legislador por razones de política criminal, puede, sin desmedro del derecho a la igualdad, estimar que otros bienes jurídicos salvaguardados son más importantes que otros así la pena sea menor.

Indica que los mismos argumentos son válidos en relación con los otros artículos demandados, en tanto imponen medida de aseguramiento de detención preventiva para los delitos que atenten contra la disciplina o el servicio, y sobre la norma que excluye esos delitos de la libertad provisional, pero agrega que la posibilidad que tiene la ley de imprimir un tratamiento diferenciador a aquellos condenados por conductas punibles que atenten contra el servicio y la disciplina, obedece a que el legislador tiene una órbita de libertad para configurar las normas, siempre y cuando ello no conlleve discriminación o desigualdad.

Finalmente, aduce la apoderada de la entidad interviniente que la constitucionalidad o no de las normas demandadas debe confrontarse con la naturaleza propia de la institución militar, es decir, debe circunscribirse a la función que cumplen en el ámbito castrense, como por ejemplo, el delito del centinela, con el cual se busca proteger no sólo la vida y seguridad de una o dos personas sino la de todas las que se encuentren en la unidad militar, de ahí la pena impuesta y el hecho de que no sea objeto de beneficios que se otorgan para otro tipo de delitos.

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

El Procurador General de la Nación solicita la declaratoria de exequibilidad de los artículos 71, numeral 3°, 527 parcial y 529 numeral 2°. El Ministerio Público no se pronuncia sobre la acusación en contra del artículo 539, numeral 1° parcial.

Para el Procurador, cuando el legislador establece que no procede la condena condicional, ni la aplicación de la caución, en relación con los delitos contra la disciplina, el honor, bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la fuerza pública o de inutilización voluntaria, susceptibles de ser cometidos por miembros de la fuerza pública y relacionados directamente con la función que cumplen, en tanto si proceden frente a otros delitos que no son propios del servicio, la diferencia de trato es razonable y justificada, como quiera que son dos los supuestos de hecho que se están regulando, razón por la cual la distinción es aceptable.

Considera la entidad interviniente que si bien esta Corporación se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 71, numeral 3° de la Ley 522 de 1999, declarando su exequibilidad, en el presente caso no opera el fenómeno de la cosa juzgada absoluta, sino relativa, como quiera que los cargos aducidos en dicha oportunidad difieren de los ahora planteados, por cuanto aquí el parámetro de comparación no es la legislación ordinaria sino la especial militar.

En efecto, considera que la restricción contenida en el numeral 3° del artículo 71, en cuanto los miembros de la fuerza pública que sean juzgados por los delitos allí mencionados no cuentan con el beneficio de la ejecución condicional de la sentencia, no es desproporcionada ni irrazonable pues, esos delitos se encuentran relacionados directamente con la función asignada a los miembros de la fuerza pública, mientras que los que cita el actor como

parámetros de comparación (saqueo, devastamiento, peculado), si bien requieren la cualificación del “sujeto pasivo” de la conducta, no se encuentran directamente relacionados con la función asignada a los miembros de la fuerza pública. Agrega el Ministerio Público que en las conductas que cita el actor como referencia para demostrar el principio de igualdad, resulta cierto que para ellas procede el beneficio de la ejecución condicional de la pena, siempre y cuando la sanción impuesta no sea de arresto o sobrepase el término de tres años, de lo contrario el procesado no tiene derecho a ese beneficio.

Después de presentar unas breves consideraciones sobre las medidas de aseguramiento y la detención preventiva en el Código Penal ordinario y, luego de citar apartes de las sentencias C-774/01 y C-549/97, proferidas por esta Corporación, aduce el Procurador que respecto de la inviabilidad de la aplicación de la caución en los casos de la comisión de delitos en los que procede la detención, así como la procedencia de la detención preventiva en las conductas delictivas contempladas en el artículo 529, se puede aplicar lo dicho en relación con la suspensión de la condena condicional, es decir, que la decisión del legislador se justifica en la especialísima función asignada a los miembros de la fuerza pública.

Por último, el Ministerio Público manifiesta que sometido al examen de constitucionalidad el criterio de diferenciación definido por el Código Penal Militar, que se refleja en las disposiciones demandadas, él es aceptable porque existe una justificación objetiva y razonable para establecer ese tratamiento de diferenciación entre unos delitos y los otros, dada la gravedad y magnitud de la conducta punitiva al interior de las Fuerzas Militares. Así las cosas, considera que la finalidad buscada por el legislador mediante la determinación de no conceder beneficios dentro de los procesos penales militares que se adelanten por la comisión de los delitos contra el honor, la disciplina o el servicio, pretende hacer énfasis en el vínculo de sujeción que existe entre los miembros de las fuerzas militares y el Estado, frente a los demás servidores públicos.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como la que se acusa en la demanda que se estudia.

## 2. El problema jurídico que se plantea

Corresponde a la Corte en esta oportunidad establecer si el legislador desconoció el artículo 13 de la Constitución Política, al haber excluido del beneficio de la condena de ejecución condicional y de la libertad provisional, y no permitir la aplicación de la caución juratoria o prendaria como medida de aseguramiento y, por el contrario, consagrar la detención preventiva para los delitos contra la disciplina, el servicio, el honor, en bienes destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la fuerza pública y de inutilización voluntaria, dando un tratamiento diverso en relación con otros delitos tipificados en el Código Penal Militar en los cuales pueden incurrir los miembros de la Fuerza Pública con ocasión del servicio, como son el de devastación, saqueo y peculado, en los que sí sería viable el otorgamiento de los beneficios penales.

## 3. Cosa juzgada en relación con el artículo 71, numeral 3°, de la Ley 522 de 1999.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que se dicten por la Corte “en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”.

En este caso, encuentra la Corte que en sentencia C-368 de 29 de marzo de 2000, se declaró la constitucionalidad del artículo 71, numeral 3°, de la Ley 522 de 1999, sentencia esta en la cual, se expresó que:

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

Siendo ello así, encuentra ahora la Sala que “los bienes jurídicos especialmente valorados” a que se refiere la sentencia aludida, son precisamente los que llevaron al legislador a instituir algunas conductas como delitos, contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor militar, o, respecto de bienes del Estado especialmente destinados a la seguridad y defensa nacional, y contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria, como expresamente se mencionan en el numeral 3° del artículo 71 de la Ley 522 de 1999, razón

esta por la cual las razones expresadas por la Corte en la sentencia C-368 de 29 de marzo de 2000, así como la declaración de exequibilidad de esa norma en la sentencia citada, llevan ahora a la Corporación a abstenerse de nuevo pronunciamiento pues la norma acusada ya fue objeto de cuestionamiento constitucional.

4. Constitucionalidad de los artículos, 527 parcial, 529, numeral 2° y 539, numeral 1°, parcial.

4.1. El artículo 71, numeral 3° de la Ley 522 de 1999, consagra los requisitos para la procedencia de la condena de ejecución condicional. El primer requisito que contempla la norma, se encuentra estructurado bajo el criterio de graduación punitiva (aspecto objetivo), el segundo hace relación a un aspecto subjetivo cual es el análisis del juez sobre la personalidad, la naturaleza y las modalidades del hecho punible, de suerte que le permitan al fallador suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario. El tercer requisito que contempla la norma para que sea procedente el beneficio de la ejecución condicional, y sobre el cual recae el reparo de inconstitucionalidad, se refiere a que no se trate de delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la fuerza pública o de inutilización voluntaria.

Por su parte, el artículo 527 exceptúa los delitos citados de la medida de aseguramiento de caución prendaria o juratoria, procediendo sólo para ellos la de detención preventiva contemplada en el artículo 529, numeral 2°. De otro lado, el artículo 539, numeral 1°, excluye de la libertad provisional los delitos contra la disciplina y el servicio.

Estima el demandante que estas disposiciones atentan contra el derecho a la igualdad, porque delitos contenidos en el mismo código, de mayor entidad y que causan mayor lesión a los bienes jurídicos tutelados, como son, la devastación y el saqueo, si cuentan con los beneficios penales.

4.2. La Constitución Política en su artículo 217 dispone que la finalidad primordial de las Fuerzas Militares es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. El papel de las Fuerzas Militares entonces, como lo establece la Carta no es otro que garantizar la defensa del poder constitucional legítimamente constituido.

La institución castrense se encuentra estructurada jerárquicamente y, tiene como soporte inmodificable e insustituible de la vida militar aspectos como la disciplina, el servicio y el honor, entendidos, como condiciones esenciales de toda fuerza militar que le permiten actuar como garante para la defensa de las instituciones. Estas condiciones han sido reprimidas por la ley como delitos, es así, como el Código Penal Militar consagra como hechos punibles, la insubordinación, la desobediencia en sus distintas modalidades, los ataques o amenazas a superiores e inferiores, el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, la desertión, el delito del centinela, la inutilización voluntaria, la cobardía, entre otros.

Respecto de los delitos citados, consideró el legislador que dada su condición de elemento esencial sobre la cual se estructura toda la institución castrense, y, bajo la consideración de que trata de tipos penales que se encuentran directamente relacionados con las funciones propias de los miembros de la Fuerza Pública, gozaran de una especial protección al bien jurídico tutelado, negando “con un propósito disuasivo y merced a la importancia del bien protegido”<sup>1</sup>, la procedencia del beneficio de la condena de ejecución condicional.

Ahora bien, el único término de comparación utilizado por el actor para concluir que existe violación de la igualdad es el aspecto punitivo, del cual deduce que el menor grado de punición de los delitos intrínsecamente militares implica una menor importancia al bien jurídico protegido, es decir, que se trata a su juicio de tipos penales de menor entidad que los hechos punibles comunes que pueden ser cometidos por militares en relación con el servicio.

Contrario a lo que afirma el actor, no se puede predicar que los delitos de devastación o saqueo que utiliza como término de comparación, son de mayor entidad y de mayor lesión de los bienes jurídicos tutelados por el hecho de que contemplen penas mayores, pues el legislador dentro de su órbita de libertad de configuración y atendiendo razones de política criminal y, sin introducir distinciones arbitrarias e irrazonables, puede estimar que existen unos bienes jurídicos de mayor relevancia que otros así la punibilidad sea menor, atendiendo la naturaleza misma de la institución que se está regulando y la especialidad de los delitos militares.

El derecho penal militar es un derecho especial en que la mayoría de los delitos

comprendidos en el Código Penal Militar, supone la infracción grave de los deberes especiales que se encuentran relacionados con la disciplina a la cual se encuentran obligados los militares y con los deberes especiales en relación con el servicio, precisamente por ello, el legislador les ha otorgado un plus de antijuridicidad excluyéndolos de los beneficios o subrogados penales.

Al respecto es importante recordar que esta Corporación al analizar aspectos del principio de igualdad y las diferencias de punibilidad entre hechos punibles en la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria, expresó que un tratamiento diferenciador puede partir del supuesto de la mayor o menor entidad del hecho punible o del grado de la lesión de los bienes jurídicos tutelados “también la alternativa puede depender de la mayor o menor importancia que el legislador confiera a los bienes que se busca proteger, o del grado de culpabilidad que denote la conducta descrita. De cualquier manera, la opción mencionada dependerá del concepto valorativo del legislador respecto de estos elementos, valoración que, a su vez, estará condicionada por las circunstancias históricas, políticas y sociales que pueden llevar al legislador, como en efecto ha sucedido, a considerar que una conducta que hoy es delictiva, mañana pueda ser tenida como contravencional o viceversa”<sup>2</sup>.

Así las cosas, el legislador al excluir del beneficio de la ejecución condicional de la sentencia, de la libertad provisional, de exceptuar de la posibilidad de prestar caución juratoria o prendaria y de establecer la procedencia de la detención preventiva para los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional y contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria, buscó como finalidad desestimular la comisión de estos delitos en los miembros de la Fuerza Pública, dada la misión constitucionalmente otorgada a las Fuerzas Militares, la cual exige una alta calidad operativa, de suerte que se puedan verificar los fines esenciales del Estado como son, entre otros, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

No encuentra la Corte que las normas acusadas resulten discriminatorias, ni que se violen los principios de proporcionalidad y racionalidad, como lo afirma el actor, como quiera que los objetivos de las normas cuestionadas se encuentran ajustados plenamente a los fines

constitucionales para cuya efectividad se encuentran instituidas las autoridades de la República (art. 2 C.P.).

La diferencia de trato entre los delitos intrínsecamente militares y los tipos penales comunes que también pueden ser cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en relación con el servicio, no puede ser analizada solamente desde el aspecto punitivo como lo hace el demandante, pues dada la complejidad que pueden alcanzar los asuntos de la defensa nacional, imponen al legislador la observancia de otros aspectos o circunstancias como lo señaló la Corte en la sentencia C-361 de 2001, ya citada. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la procedencia de los beneficios penales en los delitos comunes en que pueden incurrir los militares, requiere que la sanción impuesta sea de arresto o bien que no supere determinado tiempo de prisión (2 o 3 años), lo que significa que el legislador atendiendo precisamente la gravedad de la lesión al bien jurídico protegido, restringe la procedencia de los subrogados penales también para esta clase de delitos.

Observa la Corte, que la disparidad de trato en cuanto a la procedencia de los subrogados penales se encuentra ajustada a fines constitucionalmente válidos, porque los delitos en los que se excluyen los beneficios penales, son aquellos que se encuentran directamente relacionados con la función asignada a los miembros de la Fuerza Pública, en tanto que los delitos que el actor cita como parámetros de comparación, a saber, el devastamiento, el saqueo y el peculado, si bien requieren la cualificación del sujeto activo de la conducta, no se encuentran directamente relacionados con las funciones asignadas a la Fuerza Pública.

Es claro para la Corte que el legislador, en ejercicio de la potestad configurativa de la ley puede diseñar y establecer la política criminal del Estado. Así, para erigir ciertas conductas en delitos, para determinar las penas que a ellos correspondan, para establecer subrogados penales, beneficios de carácter administrativo en el cumplimiento de las penas, así como para indicar cuando es procedente la detención preventiva, o cuando se puede exceptuar esa medida de aseguramiento con la prestación de cauciones juratoria o prendaria, respecto de cuáles delitos y con qué requisitos puede concederse por el juez en algunos casos la libertad provisional o la condena de ejecución condicional, sin que por ello se viole la Constitución Política.

Nada tiene entonces de contrario a la Carta que a algunos delitos contemplados en el Código

Penal Militar, por su trascendencia para la función propia de la Fuerzas Militares y de Policía, el legislador, habida consideración de esas circunstancias, decida que la única medida de aseguramiento es la detención preventiva, o que no es procedente en ciertos casos la libertad provisional o la condena de ejecución condicional, aun sin tener en cuenta la pena señalada por la ley a esos delitos, como ocurre con las normas acusadas. Por ello, sin entrar a discutir ahora si las normas objeto de acusación son demasiado drásticas, es lo cierto que la supuesta drasticidad que podría predicarse de ellas, el legislador la encontró justificada y esa valoración realizada por el Congreso de la República, no afecta de inconstitucionalidad las disposiciones acusadas.

4.3. Ahora bien, el hecho de que contra los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la fuerza pública o de inutilización voluntaria, sólo sea procedente como medida de aseguramiento de detención preventiva, y se excluya la posibilidad de libertad condicional, no viola la Constitución, pues el legislador dentro de su amplia potestad de configuración legislativa podía optar por establecer una sola medida de aseguramiento para esa clase de delitos, así como excluir los mismos del beneficio de la libertad condicional, siempre y cuando en la aplicación de dichas medidas y en la exclusión de beneficios penales, se respeten y protejan los derechos constitucionales del sindicado, a los cuales no son ajenos los miembros de la Fuerza Pública, teniendo en cuenta que se trata de una restricción a la libertad personal tan cara a nuestro Estado social de Derecho.

Es así, como el artículo 530 del Código Penal Militar, dispone que si dentro de las doce horas siguientes a la privación de la libertad, no llegare la orden de detención con las formalidades exigidas por la ley, esto es, indicación de la fecha del auto y del hecho punible que la motivó, se pondrá en libertad al encarcelado “si no existiere orden de captura o detención proferida en otra actuación”. Además, el artículo 536 íbidem consagra los derechos del aprehendido o detenido, acordes con el respeto a la dignidad humana, los cuales deberán ser garantizados durante todo el tiempo de privación de su libertad.

En reiterada jurisprudencia, recientemente condensada en la C-774/01, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, se expresó que la finalidad de las medidas de aseguramiento, concretamente de la detención preventiva, consiste en asegurar el cabal cumplimiento de las decisiones adoptadas en el proceso a fin de garantizar la comparecencia de los sujetos

procesales “y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial”. Así mismo, se señaló que la medida de detención preventiva no es incompatible con la Constitución ni con los instrumentos internacionales que determinan su alcance, por cuanto se trata de una medida de carácter preventivo y excepcional y, siempre y cuando su procedencia este previamente definida en la ley.

Dijo la Corte en esa oportunidad: “[L]a procedencia de la detención preventiva, tiene como sustento legal, el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, estructurados bajo un criterio de graduación punitiva, situación de flagrancia, y en ciertos casos vinculados a delitos taxativamente reconocidos por el legislador (Artículo 397 C.P.P. y Artículo 357 del nuevo C.P.P.).

La detención preventiva procede de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución Política, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con la observancia de las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

(...)

No obstante lo anterior, la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1° y 2°).

Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”. (Negritas fuera de texto).

De otro lado, el artículo 529, numeral 1°, del Código Penal Militar, establece las causales de

procedencia de la libertad provisional, pero excluye de ese beneficio los delitos contra la disciplina y el servicio, lo que a juicio del actor además de violar el derecho a la igualdad como sucede con las otras disposiciones demandadas, atenta contra el principio favor libertatis.

En relación con la presunta violación del derecho a la igualdad, son suficientes las razones expuestas anteriormente. En cuanto a la violación del principio favor libertatis, es indiscutible la relevancia de la libertad en un Estado social de derecho, reconocido en nuestra Carta Política en el artículo 28 que consagra claramente que “Toda persona es libre”. Con todo, no se trata de un derecho absoluto que no pueda ser restringido siempre y cuando se cumplan los presupuestos establecidos en la misma disposición constitucional: que provenga de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. Del mismo texto constitucional surge con nitidez que el Constituyente no concibió este derecho fundamental en forma absoluta e ilimitada, pues como lo dijo la Corte “...Se deduce de lo expuesto que el constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal.

(...)

Así pues, aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo”<sup>3</sup>

En el caso sub examine, como se ha visto no resulta irrazonable ni desproporcionada la restricción a la libertad de los miembros de la Fuerza Pública que han incurrido en los hechos punibles que se encuentran excluidos de este beneficio (art. 71, numeral 3° Ley 522/99), dada la especialísima relevancia que el legislador le ha otorgado a esa clase de delitos, habida consideración de que la disciplina, el servicio y el honor, son considerados piedras

basilares sobre las cuales se estructura la institución castrense. Sin embargo, como lo ha sostenido esta Corporación, a pesar de que el legislador goza de un amplio margen de apreciación inscrito dentro de la llamada libertad de configuración, y puede por ende fijar condiciones en las que resulte posible la privación de la libertad, esa libertad encuentra su límite en la propia Constitución “en virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación; del artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona “se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” y que quien sea sindicado tiene derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”4.

De las consideraciones expuestas, para la Corte Constitucional el reparo de inexecutableidad en contra de los artículos, 527 parcial, 529, numeral 2º y 539, numeral 1º, parcial, no se encuentra llamada a prosperar, pues las razones que tuvo el legislador para excluir los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la fuerza pública o de inutilización voluntaria, de los beneficios o subrogados penales, se encuentran constitucionalmente soportadas dada la finalidad buscada por las normas acusadas, cual es la de garantizar la estructura de la institución militar, manteniendo un nivel de exigencia superior en la conducta y comportamiento de los miembros de las Fuerzas Militares, para que puedan cumplir adecuadamente su función constitucional de garantizar la subsistencia del ordenamiento constitucional.

## VII. DECISION

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

## RESUELVE

Primero: ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-368 de 29 de marzo de 2000, en relación con el artículo 71, numeral 3º, de la Ley 522 de 1999, en la cual se declaró la exequibilidad de dicha disposición.

Segundo: Declarar EXEQUIBLES los artículos, 527, parcial, 529, numeral 2° y 539, numeral 1°, parcial, de la Ley 522 de 1999 “Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”, en lo acusado.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor Jaime Córdoba Triviño, no firma la presente sentencia por cuanto en la fecha le fue aceptado impedimento para intervenir en la presente decisión.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-709/02

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DELITO MILITAR-Mantenimiento de calidad operativa e imposición de tratamiento riguroso (Salvamento parcial de voto)

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DELITO MILITAR-Sujeción a la Constitución (Salvamento parcial de voto)

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA MILITAR-Amplitud no equivalente a libertad absoluta (Salvamento parcial de voto)

FUERZAS ARMADAS-Jerarquía y disciplina (Salvamento parcial de voto)

DIGNIDAD HUMANA-Importancia (Salvamento parcial de voto)

En una democracia constitucional como la colombiana, la dignidad humana no es sólo un principio cardinal del ordenamiento jurídico, sino que se erige en un valor supremo del sistema que define y condiciona todo accionar estatal que se repute válido y legítimo. Como tal, constituye herramienta hermenéutica para establecer el alcance de los principios,

derechos y reglas contenidas en la Constitución y el resto del ordenamiento. Toda actividad estatal –y no en pocas ocasiones, la privada- tiene que dirigirse a asegurar el máximo respeto posible por la dignidad del ser humano.

DIGNIDAD HUMANA-Uso proporcionado de la fuerza (Salvamento parcial de voto)

CONSTITUCION POLITICA EN ASUNTOS MILITARES-No es neutral/DEBER DE HUMANIZAR LA GUERRA/DIGNIDAD HUMANA EN ASUNTOS MILITARES-Repudio de conductas que la desconozcan/DIGNIDAD HUMANA EN LAS FUERZAS ARMADAS-Restauración de orden constitucional y protección de soberanía nacional (Salvamento parcial de voto)

La Constitución no es neutral frente a los asuntos militares, sino que ha definido un orden axiológico que impone la obligación al Estado de repudiar las conductas de los integrantes de las Fuerzas Armadas que desconozcan el deber de humanizar la guerra. No quiere ello decir que la Carta propugne por unas Fuerzas Armadas dóciles e incapaces de actuar frente a los agentes violadores del orden constitucional y que atenten contra la soberanía nacional. Por el contrario, exige que las Fuerzas Armadas estén en capacidad y disposición absoluta de lograr la restauración de dicho orden constitucional y la efectiva protección de la soberanía nacional, pero de manera compatible con un orden respetuoso de la dignidad humana. Exige, pues, unas Fuerzas Armadas donde el exceso de paso a un uso racional de la fuerza.

POLITICA CRIMINAL-Desestimulación de conductas que afecten el marco axiológico definido por la Constitución/POLITICA CRIMINAL-Desestimulación de conductas que no invierta sistema de valores constitucionales (Salvamento parcial de voto)

La política criminal tiene que asegurar que, al igual que se desestimulan, inclusive mediante instrumentos fuertemente restrictivos de la libertad, la realización de conductas que afectan, por ejemplo, la disciplina militar, también deben desestimularse de manera similar la realización de las conductas que afectan, de manera directa y palpable, el marco axiológico definido por la Constitución. No significa, claro está, que se deba dar idéntico tratamiento jurídico-penal, pero demanda que el mensaje desestimulante no invierta el sistema de valores constitucionales.

DEBER DE HUMANIZAR LA GUERRA-Devastación (Salvamento parcial de voto)

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DELITO MILITAR-Régimen severo frente a devastación u otros delitos contra la población civil (Salvamento parcial de voto)

PENA Y CONDUCTA SANCIONADA-Relación de proporcionalidad (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA-Alcance (Salvamento parcial de voto)

El principio de proporcionalidad de las penas rige en un sentido mas amplio. Debe existir una relación de proporcionalidad entre la severidad de la pena imponible y el tratamiento del procesado durante el proceso.

DETENCION PREVENTIVA EN CODIGO PENAL MILITAR-Trato desigual por no admisión en conductas de mayor entidad (Salvamento parcial de voto)

JUICIO DE IGUALDAD-Patrón de comparación e intensidad (Salvamento parcial de voto)

DETENCION PREVENTIVA EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Excepcionalidad (Salvamento parcial de voto)

DETENCION PREVENTIVA EN CODIGO PENAL MILITAR-Trato diferencial en delitos contra la disciplina o el servicio (Salvamento parcial de voto)

JUICIO DE IGUALDAD-Abstención de realización y adopción de uno levísimo (Salvamento parcial de voto)

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL-Fin no justifica los medios (Salvamento parcial de voto)

1. Presento las consideraciones por las cuales me aparto, de manera parcial, de la sentencia. En concepto de la mayoría, el numeral 2 del artículo 529, relativo a la medida de aseguramiento para quienes sean sindicados de delitos que atenten contra el servicio o la disciplina militar, es exequible por las siguientes razones: (i) el legislador goza de amplia libertad de configuración normativa para establecer en cuales casos procede la detención preventiva, (ii) de manera que resulta legítimo que haya adoptado un mecanismo idóneo “con un propósito disuasivo y merced a la importancia del bien protegido”, que (iii), por lo mismo, excluye cualquier asomo de trato desigual injustificado, pues la medida no se apoya en “distinciones arbitrarias e irrazonables”. En suma, la mayoría considera admisible el

régimen especial que regula las medidas de aseguramiento contra quienes incurran en los tipos penales relativos a los bienes jurídicos tutelados en los delitos contra el servicio y la disciplina militar, “dada la misión constitucionalmente otorgada a las Fuerzas Militares, la cual exige una alta calidad operativa, de suerte que puedan verificar los fines esenciales del Estado como son, entre otros, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Comparto plenamente con la mayoría, la facultad del legislador para considerar de importancia singular el mantenimiento de la “calidad operativa” de las Fuerzas Armadas de Colombia e imponer, en consecuencia, un tratamiento riguroso a quienes incurran en hechos punibles que afecten tales valores. Empero, considero que la disposición ha debido declararse inexecutable, pues el tratamiento al cual deben someterse quienes incurran en los delitos previstos en la disposición debe ser respetuoso de la Constitución, cosa que no ocurre, ya que existen razones sistémicas que demuestran la desproporcionalidad y el trato discriminatorio introducido por la norma objeto de censura.

Orden axiológico de la Constitución en materia punitiva militar

2. En el argumento apoyado por la mayoría se revela la idea de que la Constitución es neutra en materia punitiva militar. Dicha neutralidad se deriva de la apreciación de que el legislador es completamente libre para establecer tipos penales y las medidas necesarias para disuadir la comisión de hechos punibles.

La libertad de configuración normativa del legislador es, en esta materia, en extremo amplia. Únicamente a éste le corresponde establecer cuales son las conductas que merecen reproche y, así mismo, el tipo de medidas de aseguramiento que caben contra las personas que incurran en tales conductas. Sin embargo, dicha amplitud no equivale a libertad absoluta. Existen elementos constitucionales por ejemplo, provenientes del bloque de constitucionalidad, que imponen el reproche hacia determinadas conductas.

3. La realización de las funciones constitucionales asignadas a los órganos estatales, exige la protección de los bienes jurídicos necesarios para asegurar que dicha realización sea posible. En materia militar, la Corte Constitucional ha destacado cómo la jerarquía y la disciplina constituyen elementos modulares dentro de la correcta ejecución de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas<sup>5</sup>. Lo mismo puede decirse en relación con la protección del debido

funcionamiento del “servicio” brindado por dicha institución<sup>6</sup>.

Esta necesidad impone, reconocer al legislador una amplia autonomía para establecer los mecanismos idóneos que permitían asegurar la protección del aspecto funcional de las Fuerzas Armadas, como lo ha hecho al tipificar conductas que afectan la disciplina y el servicio. Con ello, el legislador ha rodeado la “operatividad” de las Fuerzas Armadas de especiales garantías.

Dicha operatividad, o lo que es lo mismo, su capacidad de realización de los fines constitucionales encomendados, no se limita a “defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” de manera abstracta y a cualquier costa, sino que están condicionados a que se realicen de acuerdo a condiciones cualitativas fijadas por la Constitución.

En una democracia constitucional como la colombiana, la dignidad humana no es sólo un principio cardinal del ordenamiento jurídico, sino que se erige en un valor supremo del sistema que define y condiciona todo accionar estatal que se repute válido y legítimo. Como tal, constituye herramienta hermenéutica para establecer el alcance de los principios, derechos y reglas contenidas en la Constitución y el resto del ordenamiento. Toda actividad estatal –y no en pocas ocasiones, la privada- tiene que dirigirse a asegurar el máximo respeto posible por la dignidad del ser humano.

En el ámbito militar, esta supremacía de la dignidad humana como valor fundante de la sociedad colombiana tiene hondas implicaciones, que se ven reflejadas normativamente. En numerosas sentencias<sup>7</sup> la Corte ha destacado la obligación del Estado colombiano por humanizar los rigores de la guerra. Dicha obligación afecta directamente la escala de valores que debe apropiarse la estructura militar y policial colombiana. En tanto que monopolizan el uso de la fuerza física –y como tal, encarnan algunos elementos de la soberanía nacional-<sup>8</sup>, el uso de dicha fuerza física debe estar guiada por la protección de la dignidad del ser humano y, en caso de combate, por el respeto absoluto a la humanización del conflicto.

En claro desarrollo de este postulado, la Constitución, en el artículo 214, impone la obligación del Estado colombiano (y, en particular, a la fuerza pública) de respetar, aún bajo condiciones de excepción, las prescripciones del derecho internacional humanitario. Ello significa que el Constituyente quiso que la dignidad humana y su desarrollo –humanización de la guerra-, se

proyectaran sobre las contiendas y se asegurara el uso proporcionado de la fuerza. De ahí que todo uso de dicha fuerza que desborde las condiciones definidas por el derecho internacional humanitario, además de resultar inválidas -y, por ende absolutamente contrarias al ordenamiento-, se reputan ilegítimas.

De lo anterior se desprende que la Constitución no es neutral frente a los asuntos militares, sino que ha definido un orden axiológico que impone la obligación al Estado de repudiar las conductas de los integrantes de las Fuerzas Armadas que desconozcan el deber de humanizar la guerra. No quiere ello decir que la Carta propugne por unas Fuerzas Armadas dóciles e incapaces de actuar frente a los agentes violadores del orden constitucional y que atenten contra la soberanía nacional. Por el contrario, exige<sup>9</sup> que las Fuerzas Armadas estén en capacidad y disposición absoluta de lograr la restauración de dicho orden constitucional y la efectiva protección de la soberanía nacional, pero de manera compatible con un orden respetuoso de la dignidad humana. Exige, pues, unas Fuerzas Armadas donde el exceso de paso a un uso racional de la fuerza.

4. Para el caso que ocupa a la Corte, ello implica que al armonizar la libertad de configuración del legislador y los deberes de humanizar la guerra y garantizar el uso racional de la fuerza, tiene que asegurarse que exista una relación de equilibrio entre la sanción de las conductas que desconozcan los deberes mencionados y otras conductas que se estimen merecen tratamiento punitivo. Así, la política criminal tiene que asegurar que, al igual que se desestimulan, inclusive mediante instrumentos fuertemente restrictivos de la libertad, la realización de conductas que afectan, por ejemplo, la disciplina militar, también deben desestimularse de manera similar la realización de las conductas que afectan, de manera directa y palpable, el marco axiológico definido por la Constitución<sup>10</sup>. No significa, claro está, que se deba dar idéntico tratamiento jurídico-penal, pero demanda que el mensaje desestimulante no invierta el sistema de valores constitucionales.

5. Teniendo presente lo anterior, resulta inadmisibile que se considere que el legislador está en absoluta libertad para establecer, merced al régimen punitivo y del tratamiento brindado al imputado, que ciertos bienes jurídicos -como el servicio y la disciplina- son de mayor relevancia que la devastación u otros delitos contra la población civil, cuando su conducta, en especial el caso de la devastación, implican un absoluto abandono del deber de humanizar la guerra. No se comprende, dentro del sistema de valores de la Constitución, que se

desestimule (imponiendo como única medida de aseguramiento la detención preventiva, como lo señala la mayoría) la realización de hechos punibles contra la disciplina y el servicio, como la deserción que tiene pena de arresto de 6 meses a 2 años y no se desestimule (debido a la posibilidad de la no detención preventiva) a quienes por ejemplo, sin justa causa, ataquen a la población en la más absoluta indefensión en “hospitales o asilos de beneficencia señalados con signos convencionales”, que tiene como pena prisión de 1 a 8 años. O bien el tratamiento punitivo a la devastación se convierte en un patrón de comparación -en los términos indicados antes-, o se acepta la alteración del orden constitucional.

Se podría sostener que el análisis es equivocado, por cuanto la Corte se enfrenta a una eventual omisión consistente en que el legislador no advirtió que tenía el deber de establecer un régimen severo frente a la devastación u otros delitos contra la población civil. Este argumento puede resultar válido si la Corte Constitucional fuese legislador. Puede resultar conveniente que se hubiera adoptado un régimen severo en la materia. Pero a la Corte Constitucional no le compete imponer restricciones más gravosas de los derechos fundamentales de los que ha impuesto el legislador.

Punibilidad y proporcionalidad.

6. Es principio propio del derecho penal que, debe existir una relación de proporcionalidad entre las penas y las conductas sancionadas. Mientras que la sanción impuesta por el legislador se mantenga dentro de los límites de lo razonable y racional, no le corresponde al juez constitucional, en principio, entrar a modificar la gradación punitiva fijada legislativamente.

De otra parte, el principio de proporcionalidad de las penas rige en un sentido mas amplio. Debe existir una relación de proporcionalidad entre la severidad de la pena imponible y el tratamiento del procesado durante el proceso. Así, resultaría evidentemente desproporcionado que, frente a una conducta sancionable con pena de multa, durante la investigación la única medida de aseguramiento fuera la detención preventiva.

En este orden de ideas, el principio de proporcionalidad se aplica a partir de las decisiones legislativas. Es decir, el legislador fija un patrón que indica la gravedad del hecho punible y, de acuerdo a éste, establece el tratamiento que el imputado debe recibir durante la investigación. Dicho tratamiento debe ser -se repite-, además de respetuoso de los derechos

fundamentales de la persona, en particular la libertad y la igualdad, proporcionado frente a la pena imponible.

7. El legislador ha señalado que, en materia militar, las penas principales son la prisión, el arresto y la multa (Ley 522 de 1999, art. 44). La pena de prisión puede alcanzar hasta 60 años y el arresto hasta 8 años (Ley 522 de 1999, art. 47). Además del término de duración de la privación de la libertad, el legislador ha señalado que la prisión implica que al condenado se le somete a tratamiento penitenciario (Ley 522 de 1999, art. 48) (reclusión en un establecimiento carcelario militar o policial), mientras que el arresto se cumple en “las salas de arresto de las respectivas unidades militares o policiales” (Ley 522 de 1999, art. 49). Lo anterior significa que la pena de arresto es mas leve que la prisión y, por lo mismo, la sanción de una conducta con una u otra pena, respetando el principio de proporcionalidad, supone que la conducta sancionada con arresto se estima menos gravosa que aquella sancionada con prisión<sup>11</sup>.

8. Las medidas de aseguramiento han de responder al tratamiento punitivo fijado en la ley. Así, si el legislador ha estimado que cierta conducta no admite pena privativa de la libertad, en virtud del principio de proporcionalidad, ha de señalar una medida de aseguramiento no privativa de la libertad. Siguiendo este principio, en la Ley 522 de 1999 se dispuso que las medidas imponibles a los imputados son la conminación, caución y detención preventiva (Ley 522 de 1999, art. 522). La conminación está reservada a aquellas conductas que tienen sanción de arresto o pena no privativa de la libertad (multa), conforme lo indica el artículo 524 de Ley 522 de 1999. Por su parte, la caución se adopta cuando se trata de penas cuyo mínimo sea inferior a dos años de prisión (art. 527). Así, se tiene que, por regla general, para las conductas sancionables con arresto y pena de prisión inferior a dos años, no se adoptan medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad.

9. El numeral 2 del artículo 529 demandado impone una excepción a la regla general mencionada, pues establece que frente a ciertas conductas, sin importar la sanción imponible, siempre procederá la detención preventiva. Las conductas previstas en los artículos 112 a 134 de la Ley 522 de 1999, que corresponden a los delitos contra el servicio y la disciplina, deberían, de conformidad con los artículos 524 y 527 de la Ley 522 de 1999, ser objeto de conminación o caución, con excepción de los tipos penales de de insubordinación (art. 112), de insubordinación agravada (art. 113), la insubordinación por exigencia (art. 114)

y la situación agravada de omisión en el abastecimiento (art. 134 segundo inciso), que tienen penas mínimas de más de 2 años de prisión. Se puede constatar, entonces que, existe un tratamiento desigual respecto de otras conductas punibles, pues la mayoría de los tipos comprendidos en los artículos mencionados, tienen penas de arresto o prisión con pena mínima inferior a un año<sup>12</sup>.

Con base en lo anterior, puede concluirse que existe un trato desigual por lo siguiente: conductas de mayor entidad, como la devastación (art. 174 C.J.P.M.), que atentan contra valores fundamentales de la Carta, no admiten la detención preventiva, mientras que conductas de menor relevancia sí.

Juicio de igualdad y restricción de la libertad.

10. Una vez establecido que existe un trato desigual, en punto al juicio de igualdad surgen dos cuestiones centrales: el patrón de comparación y la intensidad del test o juicio. En sentencia C-445 de 1998, la Corte destacó como la selección del patrón de igualdad no es un asunto que se libere al arbitrio del juzgador. En dicha oportunidad, al analizar las restricciones establecidas en el anterior código penal militar a la condena de ejecución condicional, señaló que en virtud del principio pro libertate se imponía comparar la punibilidad (en aquella oportunidad se comparaba la regulación de la materia en el régimen ordinario y el militar) antes que las características propias de cada uno de los tipos penales, en razón de la afectación a la libertad personal que entrañaba la figura.

Por su parte, en sentencia T-499 de 2002, la Corte al analizar el patrón de comparación indicó que era necesario establecer cuál era la situación de igualdad que se analizaba, lo que se define a partir del ámbito -normativo o factual- donde se presentaba el problema de igualdad. Sobre dicha situación de igualdad inicial, respecto de la cual se realiza el juicio de igualdad, sostuvo que “existe situación de igualdad inicial, si todos los sujetos están en condición personal igual y tienen misma necesidad de bienes, en función al ámbito de la situación de igualdad inicial”. En punto a distribución de derechos, precisó que es necesario establecer si se persiguen los mismos bienes (derechos) o algo más. Dijo la Corte:

“3.2.1. Otros derechos. Respecto de una situación inicial podría presentarse tres escenarios

de necesidades de bienes: A y B persiguen los mismos bienes; A y B persiguen los mismos bienes, pero B persigue otros; y, A y B persiguen los mismos bienes, pero A y B, persiguen, además, otros bienes. En la primera situación existe identidad, es decir, situación de igualdad inicial. El problema resulta de establecer si las persecuciones en los dos casos siguientes son relevantes o no. Podría aducirse que prima facie en la tercera situación no existe identidad inicial, razón por la cual debería hacerse explícita dicha situación, a efectos de proceder al juicio de igualdad, a fin de establecer si, en el caso concreto, el trato diferencial a los diferentes es válido. Por lo tanto, el problema de la relevancia se restringe a la situación en que A y B persiguen idénticos bienes, pero B persigue algo más. Si el otro bien perseguido por B es un bien conexo con el bien objeto de distribución, el elemento se torna relevante y obliga a asumir una situación inicial de desigualdad. Por ejemplo: A y B persiguen mínimo vital, pero B, además, el derecho a la vida.”

11. En relación con la intensidad del juicio de igualdad, la Corte ha fijado algunos criterios para determinar en cada caso concreto si ha de aplicarse uno intenso, uno leve o el intermedio. En sentencia C-673 de 200113 la Corte hizo un estudio completo de la materia, y recogió los lineamientos que, de acuerdo con su propia jurisprudencia, se han fijado para seleccionar la intensidad del juicio de igualdad. En punto al test estricto señaló:

“Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido

estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.”

12. En el caso que analizó la Corte, el legislador, como se ha indicado, estableció un trato diferencial sobre las medidas de aseguramiento imponibles, en razón al tipo de hecho punible realizado. Tal como se ha analizado en este salvamento parcial de voto, el legislador excluyó del régimen ordinario -conminación si la pena imponible es de arresto, caución si la pena imponible es prisión con mínimo inferior a 2 años y detención preventiva si la pena imponible es prisión con mínimo igual o superior a 2 años-, las conductas punibles contra la disciplina y el servicio.

12.1. El juicio de igualdad realizado por la Corte, lo llevó a la conclusión de que no existía tratamiento discriminatorio alguno. El análisis de la Corte es el siguiente. En su concepto, no es posible partir (patrón de igualdad) del aspecto punitivo, pues razones de complejidad imponen al legislador observar otros asuntos. Tal asunto es, en opinión de la Corte, el fin constitucional perseguido. Según se destaca, de manera reiterada, el trato diferencial busca proteger la función propia de las Fuerzas Militares y de Policía, como son las de “defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo”. Habida consideración de que dicho fin persigue valores constitucionales, y teniendo en cuenta la libertad de configuración legislativa, no existe violación alguna a la igualdad:

“No encuentra la Corte que las normas acusadas resulten discriminatorias, ni que se violen los principios de proporcionalidad y racionalidad, como lo afirma el actor, comoquiera que los objetivos de las normas cuestionadas se encuentran ajustados plenamente a los fines constitucionales para cuya efectividad se encuentran instituidas las autoridades públicas”

El juicio de igualdad realizado por la Corte dista mucho de los parámetros fijados por su propia jurisprudencia. Como se puede apreciar, no solo no ha realizado un juicio estricto o intermedio, sino que tampoco realizó juicio leve. De acuerdo con la sentencia C-673 de 2001, el juicio leve exige al juez que considere dos elementos: “determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto”<sup>14</sup>. En efecto,

la Corte asume de entrada la validez del fin y el medio buscado, pero no hace análisis alguno respecto de la adecuación de dicho medio. La única mención a la adecuación es una lacónica referencia a la sentencia C-445 de 1998 (“con un propósito disuasivo y merced a la importancia del bien protegido”); decisión en la que, no sobra recordarlo, el propósito disuasivo no fue acogido como argumento suficiente para justificar un tratamiento diferencial entre el régimen penal común y el militar. No puede admitirse, que no se violan los principios de proporcionalidad y “racionalidad”, si no existió análisis alguno sobre este punto. En su lugar, la Corte ha ideado una cuarta intensidad al juicio de igualdad: test levísimo, en el cual únicamente interesa que el legislador busque un fin constitucionalmente válido. Por lo mismo, no puede siquiera sostenerse que se trate de un juicio sobre la racionalidad y la razonabilidad<sup>15</sup> de las medidas legislativas. En suma, la Corte únicamente constató que “disuadir la comisión de un hecho punible” es un fin constitucionalmente válido.

12.2. El primer punto que ha debido analizar la Corte era si la situación inicial, a partir de la cual se establece el trato diferencial, era distinto o no. Siguiendo la sentencia T-499 de 2002, resulta que los dos grupos (quienes están sometidos al régimen común y quienes están exceptuados) parten de una situación en la que se afecta el mismo derecho: la libertad personal. Podría sostenerse que la situación de los grupos es diferente, pues los primeros han cometido delitos que no afectan el servicio y la disciplina, mientras que los segundos si lo han hecho, concluyéndose que no existe una situación inicial de igualdad. Empero, la comisión de los anotados delitos es, precisamente, el factor de diferenciación que lleva a un tratamiento diferencial. Es decir, el juicio de igualdad debe considerar el factor de diferenciación (el tipo penal) y la consecuencia (exclusión del régimen común). Lo anterior se apoya, además, en la sentencia C-445 de 1998, en la cual se dejó en claro que es la punibilidad lo que determina la situación inicial. Por lo tanto, la Corte estaba frente a una situación de igualdad inicial y debía realizar un juicio de igualdad sobre el trato diferencial.

Conforme a la jurisprudencia recogida en este salvamento, “cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental”<sup>16</sup>, se impone un juicio estricto de igualdad. En el presente caso, resulta evidente que se afecta gravemente el ejercicio de un derecho fundamental: la libertad personal.

12.2.1. De acuerdo con los criterios fijados por la Corte, tratándose del juicio estricto de

Constitucionalidad, “el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso”. Respecto de la detención preventiva, la Corte ha indicado que “la detención preventiva como medida de aseguramiento, dada su naturaleza cautelar, “..se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado..”17.”18. Así mismo, ha admitido que la detención preventiva puede utilizarse como instrumento para asegurar la prueba y evitar la continuación de la actividad criminal19. Es decir, la detención previa persigue fines que bien puede calificarse de imperiosos.

De lo anterior se desprende que la detención preventiva – además de guardar relación directa con los bienes jurídicos tutelados – es un instrumento válido para realizar propósitos meramente investigativos y garantizar la efectividad de la justicia. Por lo mismo, resulta insostenible el argumento expuesto por la mayoría sobre la validez de la detención como instrumento disuasivo. La disuasión únicamente puede operar en relación con personas a quienes se les haya desvirtuado la presunción de inocencia. Se disuade para evitar la comisión de un hecho punible, es decir, se sanciona a quien el Estado ha demostrado no ser inocente. Cosa distinta ocurre con la detención preventiva. La persona no es responsable por la comisión de un hecho punible, de manera que si se pretende que la detención sea un instrumento disuasivo, en realidad existe una condena sin juicio previo.

12.2.2. El segundo punto, es la adecuación de la relación medios-fines y la inexistencia de medidas menos lesivas. En sentencia C-774 de 2001, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal ordinario. Dicha disposición regula lo atinente a los casos en los cuales procede la detención preventiva en la justicia penal ordinaria. La Corte consideró que si bien es necesario respetar los factores subjetivos y objetivos que autorizan la adopción de la medida de aseguramiento, ello no era suficiente y que, por lo tanto condicionó su exequibilidad en el siguiente aspecto: “la procedencia general de la detención preventiva, está sujeta a que en cada caso concreto se valore la necesidad de la misma en atención a los fines que le son propios, de acuerdo con la Constitución y con la ley, en los términos de esta providencia”. Ello implica que la necesidad de la medida de aseguramiento ha de estar demostrada en cada caso concreto. La mayoría no recabó en este asunto, y ha debido condicionar, conforme al precedente, la norma acusada. Admitir la detención previa, como única medida, sin juicio de necesidad en el caso

concreto, implica tornar la detención en un instrumento de juicio previo sin desvirtuar la presunción de inocencia, en la medida en que la mera imputación es causa suficiente para disponer la privación de la libertad. Implica, por lo mismo, desvirtuar la naturaleza propia de las medidas cautelares.

Podría asumirse que por la entidad de los bienes jurídicos afectados, resulta indispensable adoptar esta medida. Empero, ello contrasta con el tratamiento punitivo, arresto o prisión de 1 a 5 años, que pueden recibir quienes incurrir en estos hechos punibles. No existe relación alguna de necesidad entre la adopción de la medida cautelar y la fuerza simbólica de la pena imponible.

12.2.3. El último paso es el juicio de proporcionalidad estricto. De acuerdo con la sentencia C-673 de 2001, dicho juicio supone demostrar que “los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida”. En sentencia C-540 de 2001, por su parte, la Corte indicó que la proporcionalidad stricto sensu implica que “no se sacrifiquen valores, principios o derechos (dentro de los cuales se encuentra la igualdad) que tengan un mayor peso que los que se pretende satisfacer mediante dicho trato<sup>20</sup>”. En sentencia C-226 de 2002, la Corte apoyó la idea de que la proporcionalidad, en materia punitiva, se refiere a la prohibición de exceso.

El inciso segundo del artículo 529 de la Ley 522 de 1999 excluye toda consideración sobre la punibilidad, pues únicamente establece un criterio material para determinar la procedencia de la detención preventiva. Teniendo presente que el legislador ha considerado menos grave estos delitos que otros en los que puede incurrir los destinatarios de las normas de la Ley 522 de 1999 (lo que se manifiesta con el hecho de imponer bien sea penas de arresto o penas de prisión bajas en comparación con otras conductas), debe demostrarse que existen razones que demuestren no existe un sacrificio de valores superiores, que justifiquen la medida.

En materia sancionatoria, debe existir una relación de proporcionalidad entre la pena imponible y el régimen cautelar al cual se somete el sindicado. Dicha relación parte de la cualificación que ha hecho el legislador de los hechos punibles. Así, aquellas conductas que no admiten penas privativas de la libertad se estiman de menor entidad que las conductas

que suponen restricción. Así mismo, debe admitirse que al imponer la pena de arresto se descalifica en menor grado la conducta que si se impone prisión. Idéntico juicio cabe respecto de la duración mínima y máxima de las penas privativas de la libertad. Así, una conducta sancionada con pena de arresto entre 6 meses y 2 años se reprocha en menor medida que una conducta sancionada con pena de arresto entre 6 meses y 3 años.

El artículo 174 de la Ley 522 de 1999 establece que la devastación se sancionará con pena de 1 a 8 años de prisión. Ello implica que una conducta que repugna al orden constitucional amerita, en concepto del legislador, la medida de seguridad consistente en caución (Ley 522 de 1999 art. 527). ¿Cómo puede explicarse entonces que el mismo legislador considere que una conducta (como cualquiera de aquellas que afectan la disciplina y el servicio y que tienen penas inferiores -pues, en ningún caso alcanzan los 8 años de prisión y en no pocas ocasiones, la pena mínima imponible es el arresto de 6 meses), igualmente reprochable, pero que no altera de manera grosera el orden constitucional, únicamente admita la medida de seguridad de detención preventiva? Claramente, no existe relación de proporcionalidad entre la estructura punitiva y el régimen cautelar.

Se podría pensar que la disciplina militar es de tan alta entidad que resulta imperioso adoptar medidas en especial rigurosas para enfrentar la comisión de delitos que atenten contra ella. Según sostiene la mayoría, únicamente de esta manera es posible asegurar el cumplimiento de los fines constitucionales encomendados a las Fuerzas Militares. De ser cierto, ¿cómo se explica que omitir la asistencia a las autoridades civiles -que son, recuérdese, parte integrante del orden constitucional cuya defensa está encomendada a las Fuerzas Armadas-, no tiene detención preventiva? La detención preventiva, concebida, no como instrumento cautelar sino como mecanismo disuasivo (función que resulta inadmisibles en sí misma, por las razones antes anotadas), y utilizada como única medida imponible ante la afectación de los bienes jurídicos de disciplina y servicio militar, al considerarse sistémicamente, introduce una fuerte alteración en el sistema de valores definido por la Constitución. No se discute la necesidad de introducir instrumentos de protección de los mencionados valores, pero tales instrumentos no puede convertirse en un privilegio de valores o principios claramente subordinados a los valores y principios superiores y fundamentes del orden constitucional: la defensa irrestricta a la dignidad humana. La medida, en este orden de ideas, privilegia el estamento y funcionamiento interno de las Fuerzas Armadas sobre la protección a la población. Más aún, pareciera olvidar que el servicio y la disciplina militar no son un fin en si

mismo, sino que la validez del régimen de servicio y disciplina se explica en función de su más alta misión: la defensa de Colombia, de su pueblo y de su orden constitucional.

Por otra parte, como se cuestionó en punto a la necesidad, no existe relación alguna de necesidad entre la adopción de la medida cautelar y la fuerza simbólica de las penas imponibles. La ausencia de dicha relación de necesidad, además, desautoriza cualquier calificación de proporcionada a la medida normativa. Si el legislador ha considerado que la realización de hechos punibles que atenten contra la disciplina o el servicio no amerita penas estrictas, el legislador ha enviado un mensaje a la sociedad en el cual, si bien se considera reprochable la conducta, estima suficiente una pena baja para que el delincuente se resocialice. Es decir, entiende que una larga privación de la libertad resultaría desproporcionado frente a la conducta, así ¿qué hace razonable y proporcionado que, de manera cautelar, únicamente proceda la detención preventiva? No existe respuesta plausible, distinta a la intención de convertir en regla la restricción de la libertad. Esto es, apoyar el exceso en el tratamiento jurídico-penal<sup>21</sup>.

#### Bloque de constitucionalidad y excepcionalidad de la detención preventiva

13. El artículo 93 de la Constitución dispone que los derechos reconocidos en la Carta se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. El artículo 28 de la Constitución regula lo relativo a la detención preventiva. La regulación constitucional, en virtud de lo anotado sobre el artículo 93, debe complementarse con disposiciones internacionales en la materia. Así, resulta relevante el numeral 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución de fallo”.

En sentencia T-1319 de 2001, se fijaron pautas para definir el alcance de la “complementación” que ordena la Constitución. En dicha oportunidad se señaló que:

En este orden de ideas, la regla nacional contenida en el artículo 28 de la Constitución debe fusionarse con lo fijado en la disposición internacional, de suerte que a la garantía interna -deber de llevar al detenido ante un juez en el término de 36 horas- se suma la prohibición

de que la detención preventiva sea una regla general. La primera garantía se dirige contra las autoridades públicas encargadas de realizar las detenciones, en tanto que la segunda tiene por destinatarios tanto al funcionario judicial que ha de definir la situación jurídica (ver el juicio de necesidad), como al legislador, a quien le está prohibido establecer la detención como medida general.

¿Cómo ha de interpretarse esta prohibición dirigida al legislador? En sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el Caso Suárez Rosero, el tribunal internacional señaló que constituye violación del mandato de excepcionalidad de la detención preventiva el hecho de que la detención se prolongara de manera irrazonable. En igual sentido se ha pronunciado esta Corporación. Esta interpretación únicamente recoge uno de los extremos de la prohibición: el factor temporal. De la disposición internacional se puede inferir que en todo caso tiene que existir autorización para que el funcionario judicial determine si es posible que la persona ofrezca garantías de “que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución de fallo” y, con base en dichas garantías determine si procede o no la detención preventiva. Ello implica que la detención preventiva no puede convertirse en la única medida de aseguramiento imponible al sindicado, sino que el legislador tiene la obligación de prever la posibilidad de no detener al sindicado si este ofrece las garantías suficientes. Teniendo lo anterior presente, resulta claro que la norma cuestionada desconocía el bloque de constitucionalidad, amén de la inexistencia de una previsión sobre la no detención si el sindicado ofrecía las garantías de que tratan las disposiciones internacionales.

En relación con la necesidad de ofrecer tales garantías, existe, en razón a la manera en que se han establecido las condiciones para establecer las medidas de aseguramiento, una fuerte relación entre la punibilidad y la apreciación in abstracto de las dificultades para asegurar la comparecencia del acusado, asegurar la prueba o la ejecución del fallo. El legislador ha estimado que conductas que únicamente ameritan arresto o prisión con mínimo inferior a 1 año, no supone graves amenazas contra el proceso penal. ¿Por qué entonces, estima el legislador que quienes incurren en delitos contra el servicio o la disciplina –cuyas penas son de arresto o prisión con pena mínima inferior a 1 año- representan una amenaza para la buena conducción del proceso penal? La única razón parece ser la intención de utilizar la detención preventiva con un fin no cautelativo y, con ello, volver regla general la detención

preventiva en los anotados casos.

## Conclusión

14. En conclusión, no existe razón alguna que justifique el trato diferencial brindado a quienes incurrir en delitos que atenten contra el servicio o la disciplina militar. La Corte no sólo se abstuvo de realizar un juicio estricto de igualdad, sino que adoptó un nuevo juicio -levísimo- donde lo único que le interesa es el fin que persigue la norma. Se olvida la Corte que en una democracia constitucional, el fin no justifica los medios. Menos, cuando la persecución de un fin conlleva al desconocimiento de los derechos fundamentales de los asociados y a la alteración del orden constitucional. En suma, el mensaje del legislador es el siguiente: si la devastación de los derechos fundamentales es disciplinada y el servicio no se altera, no habrá detención.

Fecha ut supra,

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

Salvamento parcial y Aclaración de voto a la Sentencia C-709/02

JUICIO DE IGUALDAD-Aplicación de uno demasiado débil (Salvamento parcial y aclaración de voto)

TEST DE IGUALDAD-Observancia de pasos metodológicos (Salvamento parcial y aclaración de voto)

COSA JUZGADA ABSOLUTA-Posibilidad de nuevo pronunciamiento (Salvamento parcial y aclaración de voto)

COSA JUZGADA ABSOLUTA-Inexistencia por cargo distinto (Salvamento parcial y aclaración de voto)

TEST DE IGUALDAD-Carencia de métodos de análisis (Salvamento parcial y aclaración de voto)

JUICIO DE IGUALDAD EN REGIMEN PENAL MILITAR-Levedad (Salvamento parcial y aclaración de voto)

LIBERTAD PROVISIONAL O CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL EN CODIGO PENAL MILITAR-No desproporcionalidad por goce en delitos sancionados más drásticamente (Salvamento parcial y aclaración de voto)

LIBERTAD PROVISIONAL O CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL EN CODIGO PENAL MILITAR-No goce de beneficios en sancionados menos drásticamente pero que protegen bien jurídico trascendental (Salvamento parcial y aclaración de voto)

COSA JUZGADA APARENTE-Existencia (Salvamento parcial y aclaración de voto)

Referencia: expediente D-3931

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 71 numeral 3º, 527 parcial, 529, numeral 2º y 539, numeral 1º, parcial, de la Ley 522 de 1999 “Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”.

Demandante:

Jorge Eliécer García Sandoval

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Con el debido respeto dejo consignadas a continuación las razones que me llevan a separarme parcialmente de la decisión mayoritaria y a aclarar mi voto respecto de la motivación de la decisión que comparto.

En cuanto a la cosa juzgada, creo que la sentencia es en extremo formalista porque se abstiene de mirar la materialidad del cargo de igualdad que es totalmente diferente al abordado por la Corte en una sentencia previa. Se ha debido ir al fondo respecto del artículo 71 numeral 3º acusado.

En lo relativo al análisis de igualdad, estimo que la sentencia aplica un juicio constitucional

demasiado débil de tal manera que las palabras racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad parecen lanzadas al viento para adornar lo que en realidad es una reverencia al legislador. Creo que las normas son exequibles pero considero que las razones del fallo han debido seguir los pasos metodológicos del test de igualdad ordinario.

1. Salvamento parcial de voto respecto de la declaratoria de cosa juzgada del artículo 71, numeral 3º, de la Ley 522 de 1999

Según doctrina mayoritaria de la Corte Constitucional cuando la Corte no otorga a su decisión efectos de cosa juzgada relativa a los cargos analizados en la sentencia, ni ésta es implícita por deducirse claramente de la parte motiva de la sentencia, en virtud de la presunción de control integral, y salvo la existencia de una cosa juzgada aparente por carencia absoluta de análisis o motivación del fallo, se considera que la decisión tiene el carácter de cosa juzgada absoluta.

Tal es la doctrina que se aplicó en la presente sentencia en relación con el artículo 71, numeral 3º de la Ley 522 de 1999, por considerar que sobre éste ya se pronunció la Corte en sentencia C-368 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, que declaró su exequibilidad con efectos de cosa juzgada absoluta.

Con respecto a la cosa juzgada absoluta me veo en la necesidad de reiterar las razones que llevan a una minoría de magistrados a separarnos de la tesis mayoritaria y que hemos venido exponiendo en anteriores oportunidades para defender una doctrina diferente que, sin sacrificar la seguridad jurídica, garantiza también el derecho a acceder a la justicia en el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad. Hemos considerado que “la indiscutible necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la certeza sobre el significado y alcance de las determinaciones adoptadas por la Corte Constitucional no debe llevar a la Corporación a dejar de analizar y estimar de manera puntual, sea para aceptar o rechazar la posibilidad de un nuevo pronunciamiento, el contenido de los cargos planteados en cada demanda. (...) Es precisamente del detallado y riguroso análisis al que debe someterla la Corte que se podrá establecer si la demanda plantea o no un asunto sobre el cual ya se configuró el fenómeno de cosa juzgada constitucional.”<sup>22</sup>

El anterior análisis de constitucionalidad es insatisfactorio en la medida que no tuvo en cuenta el cargo planteado por el demandante, a saber, que la norma acusada viola el

derecho a la igualdad por cuanto excluye del beneficio de la condena de ejecución condicional algunos delitos contra la Fuerza Pública – p.ej. contra la disciplina, el honor, etc. – mientras que delitos de mayor entidad y mayor lesión de los bienes jurídicos tutelados, contenidos en la misma codificación (se subraya) – p.ej. la devastación, el saqueo, el peculado – si tienen la posibilidad de condena de ejecución condicional.

A simple vista se observa que el cargo elevado contra el artículo 71 numeral 3º de la Ley 522 de 1999 es distinto al cargo estudiado en la sentencia C-368 de 2000, ya que éste último hacía referencia a una comparación en abstracto sobre el monto de la pena para delitos de la justicia penal militar y de la justicia ordinaria, lo que llevó a la Corte a desestimar una comparación entre la punibilidad de delitos que corresponden a diversas jurisdicciones. En la presente sentencia, en cambio, la violación de la igualdad se funda en el trato diverso e injustificado del subrogado penal respecto de varios delitos consagrados en la misma codificación, el Código Penal Militar. Tal diferencia de cargos bastaba para proceder a hacer un análisis detallado y riguroso de los cargos de la demanda para aceptar o rechazar la posibilidad de un nuevo pronunciamiento. Dado que tal análisis no se llevó a cabo, me veo en la necesidad de salvar a este respecto mi voto.

## 2. Aclaración de voto respecto de las consideraciones que llevaron a desestimar el cargo por violación de la igualdad

Comparto la decisión mayoritaria que declaró la exequibilidad de los artículos 527 parcial, 529, numeral 2º y 539, numeral 1º, parcial, de la Ley 522 de 1999. No comparto, sin embargo, tratándose del cargo relativo a la violación del derecho a la igualdad, las consideraciones consignadas en la sentencia respecto de dichos artículos como en relación con el inciso 3 del artículo 71. Considero que el análisis de constitucionalidad en materia de igualdad realizado en la sentencia es errático e insatisfactorio (2.1), y no cumple con los mínimos parámetros normativos – recogidos en la jurisprudencia constitucional – que le otorgan objetividad y legitimidad al juicio de constitucionalidad de la Corte (2.2).

### 2.1 Precariedad del análisis realizado en la sentencia

En efecto, la ponencia mayoritariamente aprobada encuentra soportada la constitucionalidad de las normas acusadas – que excluyen de los beneficios o subrogados penales los delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la

seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la fuerza pública o de inutilización voluntaria – en la finalidad legítima buscada por ellas, a saber: “garantizar la estructura de la institución militar, manteniendo un nivel de exigencia superior en la conducta y comportamiento de los miembros de las Fuerzas Militares, para que puedan cumplir adecuadamente su función constitucional de garantizar la subsistencia del ordenamiento constitucional” (p.16).

En este orden de ideas, parece que la Corte opta por aplicar un control levísimo de constitucionalidad que se limita a evaluar si la finalidad perseguida por el legislador no está prohibida en la Constitución. Esto se evidencia en la sentencia cuando se afirma que “el legislador, en ejercicio de la potestad configurativa de la ley puede diseñar y establecer la política criminal del Estado” (p. 12), que “dentro de una amplia potestad de configuración legislativa podía optar por establecer una sola medida de aseguramiento para ese clase de delitos, así como excluir los mismos del beneficio de la libertad condicional, siempre y cuando en la aplicación de las medidas y en la exclusión de los beneficios penales, se respeten y protejan los derechos constitucionales del sindicado (...)” (p.13).

De esta forma, la Corte restringe el control constitucional al mero análisis de legitimidad de la finalidad perseguida por el legislador en ejercicio de su “amplia” potestad de configuración legislativa, con lo cual prescinde del análisis de la igualdad en la formulación de la ley (“podía optar por establecer una sola medida de aseguramiento para ese clase de delitos, así como excluir los mismos del beneficio de la libertad condicional”) para limitarse a la igualdad en la aplicación de la ley (“siempre y cuando en la aplicación de las medidas y en la exclusión de los beneficios penales, se respeten y protejan los derechos constitucionales del sindicado”). Tal restricción del alcance de la igualdad resulta, sin embargo, injustificada, ya que también el legislador al formular las normas, no sólo la administración y los jueces al aplicarlas, está sujeto a los derechos constitucionales en el ejercicio de sus funciones y potestades.

Hasta aquí las cosas serían claras respecto al control aplicado por la Corte a las medidas legislativas que establecen una diferenciación en la regulación de la concesión de subrogados y beneficios en la justicia penal militar. Aunque falta una debida justificación, un test levísimo, ajeno a la doctrina jurisprudencial sentada y reiterada por esta corporación, sería el parámetro empleado por la mayoría al evaluar la constitucionalidad de las normas acusadas.

No obstante, en otros apartes de las consideraciones se afirma: “Contrario a lo que afirma el actor, no se puede predicar que los delitos de devastación o saqueo que utiliza como término de comparación, son de mayor entidad y de mayor lesión de los bienes jurídicos tutelados por el hecho de que contemplen penas mayores, pues el legislador dentro de su órbita de libertad de configuración y atendiendo a razones de política criminal y, sin introducir distinciones arbitrarias e irrazonables, puede estimar que existen unos bienes de mayor relevancia que otros así la punibilidad sea menor, atendiendo la naturaleza misma de la institución que se está regulando y la especificidad de los delitos militares” (p.10) (subrayado fuera del texto). Y, más adelante se dice: “No encuentra la Corte que las normas acusadas resulten discriminatorias, ni que se violen los principios de proporcionalidad y racionalidad, como lo afirma el actor, como quiera que los objetivos de las normas cuestionadas se encuentran ajustados plenamente a los fines constitucionales para cuya efectividad se encuentran instituidas las autoridades de la República (art. 2 C.P.)” (p.11) (subrayado fuera de texto).

Las referencias asistemáticas e indiferenciadas a los principios constitucionales de interdicción a la arbitrariedad, de razonabilidad, de proporcionalidad y de racionalidad muestran que la sentencia carece de método de análisis para abordar los cargos por vulneración del derecho a la igualdad. Si el control aplicado era leve, es anti-técnico y erróneo el uso de conceptos propios de un control intenso de constitucionalidad, como cuando una medida legislativa además de perseguir fines legítimos, debe además ser más ventajosa en sus resultados que las desventajas derivadas de la limitación de otros principios constitucionales (principio de proporcionalidad). En la argumentación de la Corte colapsan las distinciones que justifican un control de constitucionalidad metódico y riguroso, con diversos grados de intensidad. No es más sino preguntarse la dificultad en que se habría encontrado la Corte para decidir si luego de afirmar la existencia de una “amplia” potestad de configuración legislativa (test leve), concluyese que las consecuencias normativas de la medida legislativa eran desproporcionadas (test estricto). ¿Debería declarar exequible la medida por ser ella expresión del uso racional de un medio para alcanzar un fin legítimo, o, por el contrario, debería declarar su inexecutableidad por ser la medida desproporcionada? Si se arriba a esta última conclusión, es claro que la potestad de configuración legislativa no era amplia, ya que pese a ser legítima la finalidad y el medio empleado, de todas formas, en virtud de la aplicación del principio de proporcionalidad, otros criterios constitucionales actuarían como límites materiales al legislador en el ejercicio de su competencia.

El uso de los términos proporcionalidad y racionalidad en la sentencia más que técnico es simplemente retórico. Tal apreciación se refuerza cuando se sitúan en un mismo nivel los principios de proporcionalidad (propio de un test estricto) y de racionalidad (típico del test leve). La ponencia utiliza ambos términos sin ninguna diferenciación, pese a que en el desarrollo jurisprudencial del juicio de igualdad éstos permanecen claramente diferenciados. No es lo mismo un análisis en el que una medida legislativa es tenida como racional respecto de los fines a los que apunta el legislador (relación medio/fin), ya que el medio se adecua, es idóneo, a la consecución de la finalidad perseguida, que un análisis en el que además de la idoneidad del medio respecto del fin se evalúa su proporcionalidad respecto de limitaciones colaterales a otros principios constitucionales. No diferenciar entre una cosa y otra es guardar en una gaveta los criterios objetivos que justifican el control ejercido por la Corte Constitucional sobre las medidas legislativas según la materia examinada<sup>23</sup> y reemplazarlos por otros parámetros desconocidos para el que lea esta sentencia. ¿Qué criterio empleó la Corte para explicar que la norma acusada no era desproporcionada? Ninguno. ¿Qué criterio aplicó la Corte para concluir que la norma era razonable? Ninguno. ¿Por qué estimó que era racional? No se sabe. Sólo es claro para los ciudadanos que la Corte se conformó con encontrar que el legislador buscaba un fin legítimo, sin indagar si el medio para alcanzar dicho fin también lo era, y sin luego preguntarse por la relación entre el medio y el fin para controlar si el legislador había obrado de manera razonable, sin discriminar. Por eso, sin decirlo, la Corte en este fallo aplicó un control levísimo que se puede resumir en una frase: si es posible deducir algún fin legítimo perseguido por la norma, con eso basta para declararla exequible. Por eso, se repite, las palabras racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad fueran lanzadas al viento para adornar lo que en realidad es una venia al legislador.

El equilibrio entre el principio democrático y la protección de los derechos, principios y valores constitucionales se rompe cuando no existe un procedimiento técnico objetivo y controlable, que explique la intervención de la Corte Constitucional en la evaluación de la decisión adoptada por el legislador, o bien, la ausencia de control efectivo de la norma adoptada. Y lo que es más grave aún, la retórica puede convertirse en patente de corso para validar la vulneración de los derechos fundamentales bajo el manto de una pseudo-argumentación constitucional.

## 2.2 El análisis que se ha debido realizar a la luz de la doctrina constitucional

El cargo por violación del derecho a la igualdad aduce que el legislador en la regulación de la suspensión de condena penal y de la detención preventiva discrimina injustificadamente entre delitos tipificados en el Código Penal Militar, ya que condiciona la concesión de dicho subrogado penal a que se trate de ciertos delitos y no de otros, sin atender a la gravedad del hecho o su grado de lesión, lo cual constituye un trato discriminatorio.

### 2.2.1 Aspectos básicos de la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad omitidos en el presente fallo

Correspondía entonces a la Corte determinar si, en efecto, la regulación legislativa en comento vulneraba el principio de igualdad (artículo 13 C.P.), particularmente en relación con el trato legislativo.

El legislador al regular una materia inevitablemente establece clasificaciones. Como mínimo los destinatarios de la norma son clasificados para efectos de la regulación en un grupo que se diferencia del grupo de las personas no destinatarias de la norma. Además, una norma puede establecer diversas clasificaciones al regular una materia. De tal forma, el ejercicio de la competencia legislativa lleva implícita la igualación de algunos y la diferenciación de otros para efectos y fines de la regulación legislativa correspondiente.

Ahora bien, el legislador está sujeto a la Constitución como norma de normas (artículos 4 y 6 C.P.) y, por lo tanto, debe respetar, proteger y desarrollar los derechos inalienables de la persona (artículo 5 C.P.).<sup>24</sup> Al igual que las demás ramas del poder público y los organismos de control, el legislador debe garantizar la igualdad de trato a todas las personas sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (artículo 13 C.P.).

Lo anterior supone que el principio de igualdad limita la potestad del legislador para establecer diferenciaciones. Tal principio admite que se otorgue un trato diferente a personas, grupos de personas o situaciones con fundamento en diversos factores, a no ser que dicho trato no esté fundado en una justificación objetiva admisible constitucionalmente. Para determinar cuándo existe una justificación objetiva que haga admisible un trato diverso entre personas, que en principio deben ser consideradas como iguales, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado una metodología de análisis, lo mismo que lo ha hecho respecto del trato igual a grupos de personas desiguales.

El primer paso de esta metodología consiste en determinar si quienes están igualmente situados están siendo tratados de manera diferente por el legislador. En este primer paso se identifican los grupos de personas que reciben un tratamiento diverso y, a partir del contexto normativo, se delimitan los grupos a comparar.

El segundo paso consiste en definir la intensidad con la cual la Corte juzgará la norma que regula el tratamiento diverso. Este paso es metodológicamente importante porque permite establecer si la Corte va a ejercer un control normal u ordinario de razonabilidad o si el juicio de igualdad será más severo. Omitir este paso puede llevar a que el análisis de la Corte se vuelva excesivamente suave y deferente con el legislador, como sucede en la presente sentencia en que se aplicó un control constitucional levísimo que consta de una sola pregunta: ¿busca la norma algún fin legítimo concebible? Como la respuesta es afirmativa, ello sólo basta para declarar exequibles las normas acusadas. En el juicio de igualdad ordinario, que la jurisprudencia denomina a veces débil o leve, además de esta pregunta relativa al fin buscado por la norma, es preciso responder más interrogantes – en especial sobre la relación entre el fin y el medio empleado para alcanzarlo – para que la Corte pueda concluir que defendió a cabalidad el principio de igualdad porque los medios empleados por el legislador para alcanzar el fin por él buscado son objetivamente razonables.

En lo que respecta al diverso grado de control – leve, intermedio y estricto<sup>25</sup> – en el análisis de constitucionalidad de una diferenciación hecha por el legislador, la Corte es consciente de la necesidad de contar con criterios objetivos para realizar el juicio de constitucionalidad de la medida legislativa por violación del derecho a la igualdad. Así, basada en los criterios constitucionalmente prohibidos – categorías sospechosas – aplica un control estricto, mientras que en otros casos, por lo general, se limita a aplicar un control leve en aras del respeto del principio democrático. Ha dicho la Corte sobre este particular:

Como se deduce de esta cita jurisprudencial, la intensidad del control cumple la función crucial de definir la estructura metodológica del análisis constitucional – es decir, qué cuestiones estudiará la Corte y en qué orden –, así como los criterios objetivos que orientarán el análisis de cada cuestión – es decir, el parámetro preciso del juicio que efectuará la Corte –. Al respecto ha sostenido la Corte:

“En armonía con esa tendencia general, la jurisprudencia constitucional colombiana ha

aplicado un test de razonabilidad en materia de igualdad y ha distinguido entre un test estricto, un test intermedio y uno leve. Cada uno de estos tipos del test supone una diferente intensidad. Las diferencias básicas entre estas tres modalidades del test estriban en su estructura, sus elementos de análisis y sus consecuencias en materia probatoria y argumentativa.<sup>28</sup>

Con ocasión de la presente sentencia, la Corte se limita a tematizar la fijación de la intensidad del test de razonabilidad a aplicar en el análisis constitucional, por considerar este aspecto de crucial importancia para el examen de la medida demandada. En efecto, ¿cuál de estos niveles de intensidad del test de igualdad debe aplicar la Corte en el presente caso? La Corporación procede a responder ésta pregunta ineludible para sentar las premisas en que se fundará su análisis de la medida.

## 7.2 Criterios de fijación de la intensidad del test a aplicar

En el control de constitucionalidad la Corte aplica, por lo general, un test leve de razonabilidad en examen de una medida legislativa.

El test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto. Este es, por así decirlo, el punto de partida o de arranque en el análisis de la razonabilidad.

La intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad. Esta carga que pesa sobre el legislador, al igual que sobre cualquier autoridad pública y órgano estatal, surge directamente de la razón de ser misma del constitucionalismo que, desde sus orígenes históricos y su consolidación en el periodo de la Ilustración, aspira a lograr que el poder sea ejercido de conformidad con la razón no con la fuerza. De ahí que preguntarse qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida

para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio-fin), sean criterios elementales para determinar si la afectación de la igualdad, u otro derecho fundamental, es razonable y, por lo tanto, constitucional o, arbitraria, y, por lo tanto, inconstitucional.

En diversas hipótesis la Corte ha optado por aplicar un test leve de razonabilidad, como por ejemplo en ciertos casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que afecta derechos fundamentales. En el presente caso, la norma que regula la aplicación de las normas sobre estatuto docente, capacitación y asimilaciones no encuadra en ninguna de estas hipótesis, ya que lejos de versar sobre las mencionadas materias regula aspectos de la carrera docente. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corporación ha aplicado igualmente en tres hipótesis más un test leve de razonabilidad de medidas legislativas: 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión. El artículo 4º demandado se relaciona con las hipótesis 4 y 6, lo que habla a favor de la aplicación de un test leve de razonabilidad al examen de su constitucionalidad.<sup>29</sup>

Aunque el test de razonabilidad leve es el ordinario, cuando existen razones de peso que ameriten un control más estricto se ha aumentado su intensidad al evaluar la constitucionalidad de una medida. En principio el legislador goza de una amplia potestad de configuración. No obstante, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad.

Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de

debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida (...).

Un test menos intenso - llamado test intermedio - también ha sido empleado por la Corte para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.

Por su parte, el test intermedio involucra elementos más exigentes de análisis que el test leve. Primero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial (...).

Cabe anotar que la enumeración anterior de las condiciones que inciden en la determinación de la intensidad del test que ha hecho la Corte no es taxativa. Así, en este caso, la Corte señala que hay otro criterio relevante para determinar la intensidad del test, v.gr., que la norma no fue expedida por el Congreso sino por el Ejecutivo, supuesto que se analizará posteriormente.

Adicionalmente, los efectos de cada criterio tampoco son definitivos, porque dicha determinación depende del peso de los elementos propios de cada caso, los cuales son

apreciados y ponderados en forma independiente por esta Corporación.

Finalmente, es de advertir que pueden presentarse colisiones entre los diferentes criterios para la fijación de la intensidad del test. En el presente caso, tal colisión se presenta entre la posible afectación de derechos fundamentales, como los enumerados por el demandante, y el elemento de que las medidas cuestionadas han sido adoptadas en desarrollo de una competencia no genérica sino específica en el campo de la educación atribuida a un órgano constitucional por el propio Constituyente. En estos casos, se hace necesario realizar una ponderación entre dichos criterios, unidos a otros propios del caso, con miras a determinar la intensidad del test de razonabilidad a emplear en el control de constitucionalidad.<sup>30</sup>

### 2.2.2 Aplicación de la doctrina constitucional en el presente caso.

Con la expedición del Código Penal Militar el legislador reguló lo concerniente a la condena de ejecución condicional (artículo 71), la caución (artículo 527), la detención preventiva (artículo 529) y las causales de libertad provisional (artículo 539), para lo cual llevó a cabo diversas clasificaciones dentro del grupo de los destinatarios de las normas penales militares. En particular, en relación con la regulación de la detención provisional (para procesados) o la suspensión de la ejecución de la sentencia (para condenados), el legislador diferenció entre los grupos de procesados y de condenados en razón del tipo de delito según el bien jurídico protegido para dar un tratamiento más restrictivo a los procesados por delitos “contra el servicio o la disciplina” que a los procesados por otros delitos, o a los condenados “por delitos contra el servicio, la disciplina, el honor, los bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria” que a los condenados por delitos diferentes a los antes mencionados.

El criterio de diferenciación o *tertium comparationis* entre procesados o condenados para regular lo concerniente a su libertad fue el tipo de delito según el bien jurídico protegido, y no la gravedad intrínseca del mismo o el grado de lesión inflingida por su comisión, factores que para el demandante son constitucionalmente relevantes. Siendo éste el criterio de diferenciación utilizado por el legislador y el cuestionado por el demandante por injustificado, ha debido la Corte proceder a analizar la constitucionalidad de la diferenciación entre los grupos de personas objeto de la clasificación establecida en la ley, para lo cual tendía que resolver primero sobre la intensidad del control de constitucionalidad a aplicar en el presente

caso.

Algunas razones hablan a favor de la aplicación de un control leve que excluye un juicio de proporcionalidad. Ellas tienen que ver con el hecho de que la medida fue adoptada en desarrollo de la formulación de la política criminal por el legislador, lo que supone el ejercicio de una competencia constitucional propia de un órgano del Estado. En estas circunstancias, el ámbito de libertad legislativa a reconocer debe ser máximo. En principio, corresponde entonces al legislador y no a la Corte Constitucional, dentro del respeto del marco constitucional, el diseño y la aprobación de los códigos, en este caso del Código Penal Militar. Lo anterior explica la “amplia potestad de configuración legislativa” reconocida por la mayoría al legislador en la sentencia.

No obstante, existen otras variables que la Corte ha debido sopesar a la hora decidir qué nivel de control de constitucionalidad debía aplicar al control de la medida. Primero, que el cargo en contra de la misma era la grave amenaza a un derecho fundamental y, segundo, que la medida recae sobre grupos marginados de la población, como son los procesados privados de la libertad o los condenados que cumplen sentencias condenatorias por la comisión de delitos establecidos en el Código Penal Militar. Estos dos factores justifican el empleo de un control más intenso de constitucionalidad de la medida que otorga un trato diverso a dichos grupos según el tipo de delito. Y es precisamente la necesidad de aplicar un test más intenso lo que, quizás inconscientemente, explica la referencia al principio de proporcionalidad, propio de un test estricto, pese a que se acudió a un test levísimo.

En concepto de mi colega Eduardo Montealegre Lynett, la Corte debió ejercer un control estricto de constitucionalidad en el análisis del cargo de igualdad planteado por el demandante, ya que pese a estar en juego el ejercicio de una función propia del órgano legislativo, la diferenciación entre los grupos de destinatarios en razón del tipo de delito cometido para efectos de la regulación de su libertad provisional o condicional, afecta no sólo, en abstracto, el derecho fundamental a la igualdad sino, en concreto, compromete la libertad de un sector marginado (así sea quizás por su propio comportamiento) de la población.

Estimo respetable la posición de mi colega que salva el voto en la presente sentencia porque considera que las normas acusadas no pasan un test estricto de igualdad. No obstante,

considero que aplicar un test estricto en este caso representaría un cambio de jurisprudencia respecto de la cuestión fundamental de la amplitud de la potestad de configuración del legislador en materia penal cuando la norma es propia del régimen penal militar. De manera reiterada, la Corte ha dicho que el legislador penal, en el ámbito del régimen penal militar, en principio, goza de un amplio margen de configuración, o sea, que su potestad reguladora no está sometida a juicios de proporcionalidad en materia de igualdad ni tiene que haber una relación de estricta necesidad entre cada decisión del legislador y el fin por él buscado. Solo en ciertas condiciones, el principio de necesidad en materia penal exige que algunas de las decisiones que adopte el legislador penal militar sean necesarias, en especial cuando esta en juego la definición e imposición de la pena. Aplicar un test estricto es reducir esa potestad amplia, lo cual puede ser necesario en casos en que el legislador penal emplea categorías sospechosas -como la raza o el sexo- o cuando regula una materia relativa a la investigación y juzgamiento de delitos de lesa humanidad, pero esto no es lo que sucede en el presente caso. También cabe aplicar un análisis de proporcionalidad de las penas, pero éste es independiente del juicio de igualdad y recae generalmente sobre la magnitud de la sanción prevista por el legislador o impuesta por el juez. Además, el que la libertad este siendo regulada, no es una peculiaridad de esta norma sino un rasgo general del derecho penal que no le da al presente caso una connotación especial suficiente para desencadenar un test estricto de igualdad respecto de éste cargo dentro del ámbito de la justicia penal militar. En cambio hay un factor importante que invita a aplicar un test de igualdad normal: se trata de una legislación penal especial autorizada expresamente por el constituyente para los miembros de la fuerza pública, un contexto en el cual la disciplina, el servicio y el honor adquieren una particular y trascendental relevancia como se verá más adelante.

Por lo demás, considero que la norma acusada pasa también un control normal, también llamado leve, de constitucionalidad, lo que explica la presente aclaración de voto respecto de la decisión. Las razones que me llevan al convencimiento de la exequibilidad de las normas acusadas, son las siguientes:

#### 1. Análisis del fin

La decisión mayoritaria anota que el legislador persigue una finalidad legítima al regular

diferencialmente lo concerniente a la libertad provisional y la suspensión de la condena privativa de la libertad: “Observa la Corte, que la disparidad de trato en cuanto a la procedencia de los subrogados penales se encuentra ajustada a fines constitucionalmente válidos”. La significación del fin perseguido con la diferenciación legislativa según el tipo de delito cometido radica para la mayoría de los magistrados en “su trascendencia para la función propia de las Fuerzas Militares y de Policía”. Al excluir de los beneficios penales a los delitos directamente relacionados con las funciones asignadas a la Fuerza Pública, busca legítimamente asegurar un fin que estima de suma importancia en desarrollo de la potestad de configuración de la ley al diseñar y establecer la política criminal del Estado.

### 1. Análisis de la relación medio fin

En cuanto a la adecuación del medio escogido por el legislador – no posibilitar la libertad provisional mediante caución juratoria o prendaria a procesados o condenados por delitos contra la seguridad, la disciplina, el servicio y el honor etc., de la Fuerza Pública –, dicha exclusión de los beneficios penales para los citados delitos sirve un propósito disuasivo específico al interior de la fuerza pública. Sin duda, el medio así entendido es adecuado.

Ahora bien, en gracia de discusión, de nuevo bajo un parámetro de juzgamiento más estricto que el utilizado por la Corte en la sentencia, si se procediera a analizar la existencia o no de un medio alternativo menos lesivo (análisis de la necesidad del medio para alcanzar el fin perseguido) que aquel por el cual optó el legislador, no es claro que la norma deba ser declarada inexecutable. Si quedara demostrado que el legislador habría podido escoger un medio menos intrusivo en la libertad personal pero igualmente eficaz en la realización de los fines legislativos, entonces la medida establecida estaría viciada de constitucionalidad por innecesaria. En el presente caso, no obstante, la existencia de un tal medio alternativo menos lesivo no se ha demostrado ni resulta fácilmente identificable sin que los jueces constitucionales rediseñemos la política criminal del legislador penal militar.

### 3) Proporcionalidad del medio

Por último, sólo el control estricto de la constitucionalidad de una medida tendría que abordar el examen de proporcionalidad de los beneficios o ventajas de la medida versus la

afectación y limitación de otros principios, derechos y valores constitucionales. Como se sostiene en el acápite anterior, no es posible, como lo hace la sentencia de la cual me aparto, reconocer una amplísima potestad de configuración legislativa, lo que equivale a aplicar un control levísimo de constitucionalidad, y, al mismo tiempo, afirmar que la medida adoptada por el legislador no viola el principio de proporcionalidad, examen éste propio de un control estricto.

En gracia de discusión, en cuanto concierne a las normas acusadas, se tiene que aún bajo la aplicación de un control estricto de constitucionalidad ellas podrían llegar a pasar un juicio de proporcionalidad y son, por lo mismo, exequibles. Esto porque no resulta desproporcionado sancionar determinados delitos con penas menores pero impedir la libertad provisional o la condena de ejecución condicional, mientras que se sanciona otros delitos con penas mayores y si se permite otorgar a quien presuntamente o comprobadamente los comete, previo el cumplimiento de condiciones objetivas y subjetivas, los mencionados beneficios penales, siempre que ésta diferenciación no obedezca simplemente al criterio de la duración de la pena, como en efecto no sucede en éste caso puesto que el criterio es el bien jurídico protegido.

Según la tesis del demandante, es la gravedad de un delito o su grado de lesión - por ejemplo los delitos de devastación con pena de uno a ocho años de prisión (artículo 174 de la Ley 522 de 1999) o de saqueo con pena de dos a seis años de prisión (artículo 175 de la Ley 522 de 1999) - el criterio determinante para establecer tanto la punibilidad como los beneficios penales a recibir: los delitos más graves y de mayor lesión deberían recibir un trato más riguroso, mientras que otros delitos de menor calado un trato más benigno, no sólo respecto de las penas sino de la administración de los beneficios penales en la fase procesal y de ejecución de la sentencia. Es así como, por ejemplo, los delitos de desobediencia (con pena de uno a tres años de prisión según el artículo 115 ibidem), de ataques a superior o inferior (con pena de seis meses a tres años de prisión según los artículos 118 y 119 ibidem) o de abandono del servicio (con pena de arresto de uno a tres años según el artículo 126 ibidem), de deserción (con pena de arresto de seis meses a dos años según el artículo 128 ibidem), del centinela (con pena de arresto de uno a tres años según el artículo 131 ibidem) o de cobardía (con pena de dos a cuatro años de prisión según el artículo 136 ibidem), por ser delitos menos graves que los delitos de devastación o saqueo, como se evidencia en el monto de la pena impuesta a unos y otros, deberían gozar de por lo menos los mismos

beneficios penales, siendo irrazonable que los primeros sean excarcelables y los segundos no.

Aun cuando la argumentación del demandante no deja de tener cierta coherencia, lo cierto es que el parámetro de comparación en el juicio de proporcionalidad debe incluir no sólo algunos sino todos los criterios relevantes que el legislador tuvo en cuenta al momento de establecer una regulación. No es desestimable que el legislador, al ponderar los factores que justifican un determinado tratamiento penal según el tipo de delito y según la política criminal que quiera adelantar, llegue a la conclusión de que los delitos de relativa menor punibilidad no deben gozar de beneficios penales con el fin de garantizar que haya un mínimo de privación de la libertad para el sujeto infractor en razón a la trascendencia específica al interior de la Fuerza Pública del bien jurídico tutelado por tales delitos, como sucede en este caso donde el criterio no es el mero quantum de la pena sino un criterio cualitativo relativo a fines especiales de la legislación penal militar.

El juicio de proporcionalidad entre los beneficios o ventajas de una medida y la afectación de otros preceptos constitucionales debe respetar el contexto fáctico y normativo en el que el legislador lleva a cabo la valoración. Por otra parte, en el juicio de proporcionalidad de una medida no es aceptable sustituir sin más la valoración del legislador por la valoración del demandante o del juez constitucional, sino que es necesario demostrar que un examen más acucioso de la norma acusada revela la inconstitucionalidad de la misma, como cuando la realización de los fines perseguidos es ínfima en relación con el grado de afectación a otras normas constitucionales.

En el presente caso, resulta claro que no se puede pretender demostrar la violación del principio de proporcionalidad, y con ello del derecho a la igualdad, mediante la sustitución pura y simple de la valoración hecha por el legislador a la hora de regular los beneficios penales a otorgar según el tipo de delito, simplemente por otra valoración. No es desproporcionado que delitos sancionados más drásticamente que otros puedan gozar del beneficio penal de la libertad provisional o de la condena de ejecución condicional una vez se cumplen las condiciones objetivas y subjetivas establecidas en la ley (artículos 539, 529 y 527 de la Ley 522 de 1997), mientras que delitos sancionados menos drásticamente que otros, pero que protegen un bien jurídico trascendental para que la fuerza pública pueda cumplir su misión constitucional, no puedan gozar de tales beneficios. Esto porque los fines

perseguidos por la medida – preservar la disciplina, el servicio y el honor de la Fuerza Pública como condiciones para garantizar el funcionamiento efectivo de esta institución – se realizan en gran medida al asegurar la comparecencia de los sindicados o la sanción mínima de los condenados por delitos contra la Fuerza Pública, sin que ello implique una limitación desmedida de la libertad de dichos procesados o condenados. Además, preservar la disciplina interna dentro de la fuerza pública es un fin que contribuye a alcanzar otros fines de suma importancia, como el respeto a los derechos humanos, el uso prudente de las armas, la protección efectiva de la comunidad, todos los cuales dependen de que la Fuerza Pública cumpla con altos estándares de servicio y destreza dentro de un código de disciplina y honor democráticos.

En resumen, considero que la Corte no sólo ha debido analizar la constitucionalidad de los cargos de la demanda respecto del numeral 3º del artículo 71 del Código Penal Militar y declarar la existencia de una cosa juzgada aparente, sino que ha debido seguir una metodología de análisis en el control constitucional de las demás normas acusadas que fuera transparente, objetiva y racionalmente reconstruible respecto de la intensidad del control aplicable al caso, única manera de darle confiabilidad y fundamento sólido a la jurisprudencia constitucional y de someter el juicio de los jueces al escrutinio de los ciudadanos.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-709/02

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por cargos distintos (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente D-3931

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 71, numeral 3º, 527 parcial, 529 numeral 2º y 539, numeral 1º, parcial, de la Ley 522 de 1999 “Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”.

Magistrado Ponente:

Dr. Alfredo Beltrán Sierra

Con el debido respeto manifiesto las razones por las cuales me aparto de la sentencia de la referencia.

En la providencia de la cual me separo parcialmente se declara la existencia de una cosa juzgada en relación con el artículo 71, numeral 3°, de la Ley 522 de 1999, con fundamento en que ya la Corte en la Sentencia C-368 de 29 de marzo de 2000 había declarado su exequibilidad y por ello la Corporación debe abstenerse de un nuevo pronunciamiento sobre el particular.

Al respecto, como tuve ocasión de expresarlo en la Sala, considero que si bien efectivamente la Corte ya se había pronunciado sobre la norma ahora acusada, en la sentencia referida, donde se expresó que “la indiscutible necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la certeza sobre el significado y alcance de las determinaciones adoptadas por la Corte Constitucional no debe llevar a la Corporación a dejar de analizar y estimar de manera puntual, sea para aceptar o rechazar la posibilidad en cada demanda. (...) Es precisamente del detallado y riguroso análisis al que debe someterla la Corte que se podrá establecer si la demanda plantea o no un asunto sobre el cual ya se configuró el fenómeno de cosa juzgada constitucional”.

En el presente caso la norma acusada fue demandada por desconocer el derecho a la igualdad bajo el cargo de que dicha norma al negar la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional a comportamientos cuya pena mínima no es superior a tres años de prisión viola el artículo 13 de la Constitución.

No obstante, la Sentencia C-368 de 2000 señala que “tratándose de conductas punibles incorporadas a la legislación penal militar, que no están consagradas en la legislación ordinaria como delito, falta de término de comparación, y no es posible concluir que se viola el derecho de igualdad cuando se excluyen esos casos del beneficio de la ejecución condicional”.

Así mismo se precisa en dicha Sentencia que “el inciso 3° del artículo 71 de la Ley 522 de

1999, todo lo que hace es desestimular la comisión de delitos propios de los miembros de la Fuerza Pública, que atentan contra bienes jurídicos especialmente valorados, por lo que procede declarar que el inciso demandado es exequible”.

Como se aprecia, no hay mención alguna en la Sentencia C-368 de 2000 al artículo 13 ni al principio de igualdad, por lo cual cabe concluir que el cargo planteado en el proceso resuelto por la sentencia de la cual me aparto, es distinto de los que había estudiado la Corporación.

Así las cosas, era procedente que la Corte realizara el análisis de los cargos de la demanda para aceptar o rechazar la posibilidad de un nuevo pronunciamiento y llegar a una decisión sobre el fondo del asunto.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS

1 Sent. C-445/98 M.P. Fabio Morón Díaz

2 Sent. C-361/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

3 C-327/97 M.P. Fabio Morón Díaz

4 Ibidem

5 Sentencia C-578 de 1995.

6 Sentencia SU-1184 de 2001.

7 Se pueden consultar las sentencias C-225 de 1995, C-328 de 2000 y C-991 de 2000.

8 Sentencia SU-1184 de 2001.

9 Sentencia SU-1184 de 2001.

10 Sobre la protección de bienes constitucionales mediante medidas punitivas, ver sentencia C-226 de 2002. En dicha ocasión la Corte reconoció que: “la Carta ha previsto ciertos deberes

de sanción, que podrían implicar ciertas obligaciones de penalización, para amparar los derechos fundamentales de ciertos grupos poblacionales, que tienen protección privilegiada.” En igual sentido se pueden consultar las sentencias C-225 de 1995, C-368 de 2000 y C-177 de 2001.

11 Ver sentencia C-226 de 2002.

12 Art. 115, 1- 3 años de prisión; art. 116, 6 meses - 2 años de arresto; art. 117, 3 meses - 1 año arresto; art. 118, 6 meses - 3 años de prisión; art. 119, 6 meses - 3 años de prisión; art. 120, 3 meses - 1 año de prisión; art. 122,1-5 años de prisión; art. 123, 6 meses - 3 años de prisión; art. 124. 1-3 años de arresto; art. 124 bis 1-3 años de arresto aumentado en la mitad; art. 125, 1-5 años de prisión; art. 126, 1-3 años de arresto; art. 127,1-3 años de arresto; art. 128, 6 meses - 2 años de arresto; art. 129, 6 meses - 2 años, de arresto aumentado en la mitad si es durante estado de conmoción y en un 100% si es durante la estado de guerra; art. 129 6 meses - 2 años de arresto disminuido en la mitad; art. 130, 6 meses - 2 años de arresto disminuido en la mitad; art. 131, 1-3 años de arresto; art. 132, 1-5 años de prisión; art. 133, 1-5 años de prisión; art. 134, 1-5 añosde prisión; art. 134 bis, 2-5 años de prisión.

13 Reiterado en sentencia C-1191 de 2001. En similar sentido C-1108 de 2001.

14 Sentencia C-673 de 2001.

15 Sentencia C-530 de 1993.

16 Sentencia C-673 de 2001.

17 Sentencia C - 425 de 1997.

18 Sentencia C-774 de 2001.

19 Sentencia C-774 de 2001.

20 Ver, entre otras, las sentencias T-422 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-530 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-230 de 1994 y T-288 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-280 de 1996, M.P Alejandro

Martínez Caballero; C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballeo, y C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

21 Ver sentencia C-226 de 2002.

22 Salvamento de voto de los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Alvaro Tafur Galvis a la sentencia C-153 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

23 Ver sentencia C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

24 Corte Constitucional, Sentencia C-522 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño: “En múltiples ocasiones la Corte Constitucional se ha referido a la necesidad de identificar el ámbito de competencia que la Constitución Política le otorga al legislador en el caso objeto de estudio para definir el grado o intensidad del control con el propósito de armonizar los principios constitucionales de la división de poderes y supremacía de la Carta Política los cuales, en principio parecen entrar en contradicción al otorgar la facultad de hacer la ley al Congreso de la República pero al mismo tiempo prescribe que la Constitución Política es la Norma de normas, lo cual significa que el legislador no posee una soberanía absoluta para producir la ley sino que se encuentra sujeto a las prescripciones constitucionales. Cuánto, cómo y por qué es un asunto que debe esclarecer el juez constitucional para definir los contornos de su acción y lograr un equilibrio entre los fundamentos de un régimen democrático y la vigencia de un orden constitucional.”

25 Sobre los diversas intensidades del control, ver sentencia C-673 de 2001 arriba citada.

26 Ver, entre otras, las sentencias T-230 de 1994, C-445 de 1995, C-481 de 1998 y C-082 de 1999.

27 Corte Constitucional, Sentencia C-112 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. No obstante, el uso de criterios sospechosos no siempre lleva a la aplicación de un control estricto de constitucionalidad. En esta misma sentencia se aclaró que: “Igualmente, esta Corte ha indicado que “no siempre que se utilicen criterios distintivos como el sexo, existe un tratamiento discriminatorio”, pues se “autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y

sociales.”” (Sentencia C-082 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Ver igualmente sentencia C-410 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.). “En tal contexto, si las autoridades recurren a un criterio “sospechoso”, pero para tomar medidas de acción afirmativa, destinadas a reducir la discriminación existente, es obvio que esas disposiciones no pueden estar sometidas al mismo escrutinio judicial que en aquellos eventos en que ese criterio ha sido utilizado para profundizar o perpetuar las desigualdades.”

28 En relación con la carga de la prueba y de la argumentación, la Corporación ha concluido que varía según la intensidad del test. En el test leve de razonabilidad se parte de la presunción de constitucionalidad de la medida, unida a elementos que prima facie no arrojan dudas de ella, lo que hace más exigente la demostración de su inconstitucionalidad para el demandante. En cambio, en el test estricto de razonabilidad basta al actor sustentar correctamente su demanda, a partir de elementos que prima facie despiertan inquietudes claras o sospechas sobre el contenido de la norma demandada, v.gr. una clasificación fundada en la opinión religiosa o el sexo o la raza. Corresponde entonces al autor de la medida asumir la carga de justificar su constitucionalidad. De esta forma se opera una inversión de la carga probatoria y argumentativa en favor del ciudadano.

29 Ver infra numeral 8 de los considerandos y fundamentos.

30 Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.