

“Conforme los términos de la demanda, la controversia jurídica que la Sala debe resolver en este caso consiste en determinar si el artículo 60 del Código Penal Militar se encuentra vigente o si esa disposición fue modificada por el artículo 68 del Decreto 1791 de 2000 y, en tal caso, si se impone su aplicación por virtud del principio de favorabilidad.

Con tal propósito la Corte (i) se referirá primero al principio de favorabilidad, (ii) luego reseñará el contenido de cada una de dichas disposiciones para establecer si regulan de distinta manera la misma temática y, finalmente, en caso de ser afirmativo ese interrogante, (iii) se ocupará de dilucidar cuál de las dos normas se encuentra vigente.

(i) El principio de favorabilidad:

Este postulado de estirpe fundamental está consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política como una de las expresiones del debido proceso y está definido en los siguientes términos: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹ y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos² contemplan el principio de favorabilidad con una idéntica regulación, al establecer en sus artículos 15.1 y 9º, respectivamente, lo siguiente:

“... Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La aplicación del principio de favorabilidad presupone, por regla general, un tránsito de legislación (la Sala ha admitido que también se aplica en casos de coexistencia de normas, como ocurre con las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004)³, en virtud del cual una norma pasa a reemplazar a otra que ha sido derogada, modificada o subrogada. De esa manera, si la norma sustituida es más favorable a los intereses del reo proyecta sus benignos efectos en el futuro para ser aplicada aún después de la pérdida de su vigencia. Es lo que doctrinalmente se ha dado por llamar ultra-actividad de la ley. Contrariamente, si la más benéfica es la nueva la misma se aplica a casos ocurridos antes de su entrada en vigor. Se trata del efecto retroactivo de la ley.

Desde luego, para reivindicar el principio de favorabilidad, se requiere que los hechos por razón de los cuales se adelanta la investigación o juzgamiento hayan tenido ocurrencia en vigencia de la norma anterior o que la nueva entre a regir durante el trámite del proceso o, aun con posterioridad, cuando resulte imperioso dar aplicación al principio de favorabilidad durante la ejecución de la pena⁴.

En esas condiciones, si la pérdida de vigencia de la disposición antigua ocurre antes de la realización de los sucesos, la problemática deja de tener relación con el principio de favorabilidad para ser regulada por el apogema de la legalidad, en la medida en que la nueva norma estará para ese momento rigiendo plenamente, presentándose así el fenómeno de la preexistencia de la ley “al acto que se le imputa” a que se refiere el artículo 29, inciso segundo de la Constitución Política, mandato superior de obligatorio acatamiento para las autoridades

¹ Aprobado mediante la Ley 74 de 1968.

² Aprobado mediante la Ley 16 de 1972.

³ Cfr. Auto del 4 de mayo de 2005, Rad. 23567.

⁴ Esa última eventualidad está prevista en el numeral 7º del artículo 79 de la Ley 600 de 2000.

del Estado, sólo eludible si concurren las condiciones para dar aplicación al principio de favorabilidad.

Por lo anterior, no resulta afortunada la postura del casacionista cuando reclama en el presente evento la aplicación del postulado de la ley más benéfica. Según su criterio, el artículo 68 del Decreto 1791 de 2000 modificó el artículo 60 del Código Penal Militar.

Ocurre, sin embargo, que como la primera de esas disposiciones (Decreto 1791 de 2000) entró a regir el 14 de septiembre de 2000 y los hechos por los cuales se juzgó y condenó al procesado tuvieron ocurrencia en el mes de enero de 2003, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor del mencionado Decreto 1791 de 2000, lo que corresponde determinar no es si el fallador dejó de aplicar el principio de favorabilidad, sino si vulneró el postulado de la legalidad al no aplicar la ley preexistente al acto imputado al acusado.

(ii) Contenido de las disposiciones en discusión y su aplicación en el caso concreto:

El Tribunal, en la sentencia impugnada, como consecuencia de condenar a (C) a la pena de dos (2) años de prisión por el delito de peculado por apropiación, le impuso las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al determinado para la sanción privativa de la libertad. Fundamentó esta decisión en lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal Militar, expedido mediante Decreto 522 de 1999. Dicho artículo es del siguiente tenor:

“Art. 60.- Penas accesorias a la de prisión. La pena de prisión impuesta a los militares y policías, implica las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal. Las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en este Código, sobre criterios para fijar la pena.

Cuando se trate de delitos culposos sancionados con prisión, no habrá lugar a la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública”.

La norma transcrita establece como obligatorio, en caso de proceder la imposición de pena de prisión, la irrogación de las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal, exceptuando solamente los casos en los cuales la condena se emite por delitos culposos, pues, de acuerdo con el inciso segundo de la disposición en cita, en ese evento “no habrá lugar a la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública”.

Como en este caso la condena procedió por un delito doloso, surge claro que el fallador no hizo sino dar aplicación al mandato en cuestión, así en la sentencia hubiese suspendido condicionalmente la sanción.

Ahora bien, el artículo 68 del Decreto 1791 de 2000 establece:

“Separación por sentencia de ejecución condicional. Al personal que se le hubiere concedido el subrogado penal de condena de ejecución condicional, se le separará en forma temporal, por un lapso igual al tiempo físico de la condena.

Igualmente será separado en forma temporal el personal al que se le hubiere impuesto como sanción accesoria por la comisión de delitos culposos la interdicción de derechos y funciones públicas, por el tiempo que determine la sentencia”.

Se aprecia que el artículo antes transcrito, en su inciso primero, introduce una excepción más a la regla establecida en el artículo 60 del Código Penal Militar, al señalar que si a pesar de imponerse pena de prisión por delito doloso el juzgador concede al sentenciado la condena de ejecución condicional, la separación del cargo no será en ese caso de carácter absoluta sino solo temporal y equivalente al tiempo físico de la condena.

Ahora bien, el Código Penal Militar empezó a regir el 12 de agosto de 2000, un año después de ser expedido, según así lo determinó su artículo 608. Por su parte, el Decreto 1791 de 2000 fue expedido el 14 de septiembre de ese mismo año, fecha en que comenzó a regir. Es decir, se trata esta última de una norma posterior que habría, por tanto, modificado parcialmente la regulación contenida en el artículo 60 de la precitada codificación.

En esas condiciones, en cuanto el ad quem otorgó al procesado (C) la condena de ejecución condicional, la conclusión que se impondría sería la de afirmar que en su caso no había lugar a irrogarle separación absoluta del cargo sino solo temporal.

Es este punto, pertinente resulta acotar que la Sala no comparte la distinción efectuada por el Ministerio Público cuando sostiene que el artículo 68 del Decreto 1791 de 2000 está llamado a aplicarse solamente en el ámbito disciplinario, mas no en el régimen penal, pues si dicha disposición contempla que en caso de concederse el subrogado de la condena de ejecución condicional la separación del cargo será de carácter temporal, no se remite a duda que ese precepto está llamado a operar en el ámbito penal, por cuanto con fundamento en esa norma el juez castrense no puede imponer la separación absoluta del cargo, lo cual significa que el condenado tiene derecho a retornar al mismo una vez transcurra el término determinado para la pena privativa de la libertad.

(iii) Inconstitucionalidad parcial del artículo 68 del Decreto 1791 de 2000

El Decreto 1791 de 2000 fue expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 578 de 2000. Se trata entonces de un Decreto con fuerza de ley que tiene la misma jerarquía del Decreto 522 de 1999 o Código Penal Militar.

No obstante, por su carácter extraordinario, el Decreto 1791 de 2000 solamente podía ocuparse de las materias para las cuales la Ley 578 del mismo año autorizó legislar al Gobierno Nacional. Esas materias quedaron determinadas en el artículo 1º de la ley de facultades y tocaban básicamente con normas de carrera, régimen disciplinario y estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, así como con el estatuto del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. El contenido original del mencionado artículo 1º era el siguiente:

“Artículo 1º. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de seis (6) meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, el reglamento de evaluación y clasificación para el personal de la Policía Nacional, las normas de carrera del personal de oficial y suboficiales de la Policía Nacional, las normas de carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, los estatutos del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; la estructura del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”.

El artículo 2º de la Ley 578 de 2000 delimitó aún más el campo de acción del Ejecutivo frente a las facultades extraordinarias allí conferidas al señalar de manera expresa algunos de los Decretos que podían ser derogados, modificados o adicionados en desarrollo de tales facultades. La norma decía así:

“Artículo 2º. En desarrollo de las facultades extraordinarias contempladas en el artículo anterior el Presidente de la República podrá derogar, modificar o adicionar entre otros los

siguientes decretos: 1211/90, 85/89, 1253/88, 94/89, 2584/93, 575/95, 354/94, 572/95, 1214/90, 41/94, 574/95, 262/94, 132/95, 352/97, 353/94 y las demás normas relacionadas con la materia”.

En la sentencia C-1493 de 2000 la Corte Constitucional revisó la exequibilidad de las normas antes transcritas, concluyendo que los apartes subrayados no cumplían la exigencia de precisión contemplada en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política cuando se trata del otorgamiento al Presidente de la República de facultades para legislar de manera extraordinaria, razón por la cual retiró esos fragmentos del ordenamiento jurídico. En ese sentido, la alta Corporación en cita determinó que el Ejecutivo solamente podía modificar, adicionar o derogar en ejercicio de las facultades conferidas en la Ley 578 de 2000 los Decretos expresamente enunciados en su artículo 2º. Al respecto señaló:

“La finalidad del requisito de precisión en la descripción de las materias o asuntos materia de facultades es evitar posibles abusos o excesos en su ejercicio y, por ende, crear inseguridad jurídica, pues si el Congreso no fija límites al concederlas éstas pueden ser utilizadas en forma arbitraria y desbordada, lo que como ya se ha anotado, repercute dañinamente en las normas así adoptadas. Las expresiones “entre otros” y “y las demás normas relacionadas con la materia” serán declaradas inconstitucionales por cuanto convierten las atribuciones dadas en vagas e imprecisas, lesionando de esta manera el artículo 150-10 de la Carta. Los decretos que el Presidente de la República podía modificar, adicionar o derogar, de conformidad con el artículo 2º acusado, no son otros que los expresamente enumerados en tal disposición. No se olvide que en este campo no se admiten las facultades implícitas”. (Subraya la Sala).

Por lo anterior, cuando se pronunció en la sentencia C-253 de 2003 sobre la exequibilidad del artículo 95 del Decreto 1791 de 2000, en el cual se reguló su vigencia y las normas derogadas por esa disposición con fuerza de ley, la guardian de la integridad y supremacía de la Carta declaró inconstitucional la mención del Decreto 573 de 1995, al observar que esa normativa no estaba incluida expresamente en el artículo 2º de la Ley 578 de 2000. En efecto, el artículo 95 del Decreto 1791 de 2000 originalmente decía:

“Artículo 95. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los Decretos 041 de 1994, con excepción de lo dispuesto en el artículo 115, relacionado con los Títulos IV, VI y IX y los artículos 204, 205, 206, 210, 211, 213, 214, 215, 220, 221 y 227 del Decreto 1212 de 1990; 262 de 1994 con excepción de lo dispuesto en el artículo 47, relacionado con los Títulos III, IV y VII y los artículos 162, 163, 164, 168, 169, 171, 172, 173 y 174 del Decreto 1213 de 1990; 132, 573 y 574 de 1995 y demás normas que le sean contrarias”.

En la sentencia C-253 de 2003 la Corte Constitucional insistió en que los únicos Decretos que el Presidente de la República podía modificar, adicionar o derogar eran los expresamente referidos en el artículo 2º de la Ley 578 de 2000. Sobre el particular expresó:

“En efecto, como se advirtió, la Corte mediante la Sentencia C-1493 de 2000 declaró la inexequibilidad de las expresiones “entre otros” y “y las demás normas relacionadas con la materia”, del artículo 2º de la Ley 578 de 2000, por adolecer de la precisión de que deben gozar las facultades extraordinarias que confiere el legislador al Presidente de la República, quedando como única posibilidad para ejercerlas, el restringirse a la modificación, adición o derogación de los decretos expresamente mencionados en dicha norma, esto es, los decretos 1211/90, 85/89, 1253/88, 94/89, 2584/93, 575/95, 354/94, 572/95, 1214/90, 41/94, 574/95, 262/94, 132/95, 352/97, 353/94.

Pues bien, mutatis mutandi resulta obligado concluir que el Gobierno Nacional, igualmente, desbordó las facultades conferidas por la Ley 578 de 2000 al entrar a modificar el artículo 60 del Código Penal Militar, pues el Decreto 522 de 1999 mediante el cual se expidió esa codificación no está incluido en el listado enunciado expresamente en el artículo

2º de la ley de facultades, surgiendo así claramente inconstitucional el inciso primero del artículo 68 del Decreto 1791 de 2000, en cuanto allí estableció una excepción adicional al mandato contenido en el precitado artículo 60 del Decreto 522 de 1999, en el sentido de que la imposición de la pena de prisión por delito doloso implica la accesoria de separación absoluta del cargo.

Es de anotar que la Corte Constitucional en la sentencia C-253 de 2003 no declaró la inexequibilidad de la expresión “y demás normas que le sean contrarias” incluida en la parte final del artículo 95 del Decreto 1791 de 2000, como equivocadamente lo sostiene el Procurador Delegado, pues contrariamente, avaló su conformidad con la Carta Política. Sin embargo, esa situación en nada modifica el criterio de la Sala, porque tanto en la sentencia C-1193 de 2000 como en la antes citada quedó claro que las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República solamente comprendían la modificación, adición y derogación de los Decretos expresamente mencionados en el artículo 2º de la Ley 578 de 2000.

A la anterior conclusión conduce también el examen de las materias sobre las cuales, de acuerdo con el numeral 1º de la ley última citada, recayeron las facultades legislativas, pues allí para nada se menciona la posibilidad de modificar normas propias del Código Penal Militar como lo son aquéllas referidas a la naturaleza y temporalidad de las penas accesorias imponibles en caso de la comisión de delitos por parte de miembros de la fuerza pública.

El artículo 4º, inciso primero de la Constitución Política establece que “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Con base en ese precepto constitucional esta Corporación viene sosteniendo que cualquier juez de la República, en desarrollo del control difuso de constitucionalidad, está autorizado para hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad e inaplicar en cualquier tiempo aquellas normas que contraríen el ordenamiento superior.

Como, según lo visto, tal situación acontece en el caso sometido a estudio, pues resulta manifiesta la inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 68 del Decreto 1791 de 2000, la Sala debe inaplicarlo, lo cual implica concluir que el artículo 60 del Código Penal Militar está plenamente vigente y que, por tanto, el Tribunal procedió correctamente cuando impuso a (C) la pena accesoria de separación absoluta del cargo.

Surgiendo así evidente la improsperidad de la censura, la Corte no casará la sentencia impugnada”.