

## **Sentencia C-1149/01**

**JURISDICCION PENAL MILITAR**-No integra orgánicamente la rama judicial/**JURISDICCION PENAL MILITAR**-Función de administrar justicia

*Si bien, de acuerdo a nuestra Carta Política “la jurisdicción penal militar” orgánicamente no integra o no forma parte de la rama judicial, sí administra justicia en los términos, naturaleza y características consagradas en el artículo 228 ibídem, esto es, en forma autónoma, independiente y especializada, debiendo en sus actuaciones otorgar preponderancia al derecho sustancial.*

**ADMINISTRACION DE JUSTICIA**-Función pública

**JURISDICCION PENAL MILITAR**-Sujeción a la Constitución y la ley

**FUERO PENAL MILITAR**-Elementos

*El Fuero Militar a que hace referencia la norma constitucional se circunscribe única y exclusivamente al ámbito de lo penal, en cuanto al juzgamiento de las conductas delictivas realizadas por los miembros de la Fuerza Pública (elemento objetivo); Dicho fuero cobija a todos los miembros de la Fuerza Pública que al tenor de lo preceptuado por el artículo 216 ibídem está integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (elemento subjetivo); El fuero militar se restringe a los ilícitos penales cometidos en “servicio activo y en relación con el mismo servicio” (elemento funcional).*

**FUERZA PUBLICA**-Juzgamiento por jurisdicción ordinaria

*Por los delitos cometidos bajo circunstancias diferentes a las plasmadas en el artículo 221, los miembros de la fuerza pública serán juzgados por la jurisdicción penal ordinaria; esto es, cuando dichas conductas se realizan por dicho personal no estando en servicio activo; o cuando no obstante estar en servicio activo no tienen relación con el servicio. Por tanto, no toda conducta delictuosa realizada por un miembro de la Fuerza Pública es de conocimiento de la justicia penal militar, debiendo existir un vínculo o nexo de causalidad directa entre la conducta y el servicio, para que el comportamiento delictuoso sea de su competencia. Entendido el servicio como aquel que se relaciona directamente con las funciones constitucionales y legales asignadas a la misma.*

**FUERZAS MILITARES**-Finalidad primordial/**POLICIA NACIONAL**-Finalidad primordial

**FUERO PENAL MILITAR**-Justificación/**FUERO PENAL MILITAR**-Tratamiento especializado mas no diferente

*La Institución del fuero militar se justifica sólo en razón a la índole e importancia de la actividad que cumple la Fuerza Pública, constituyendo éste una situación particular y especial en que se coloca a éstos sujetos en razón a su misma condición, sacándolos de lo general y común, para darles un tratamiento especializado más no diferente, ni mucho menos preferente ni privilegiado, como se tiende a creer erradamente, atribuyendo connotaciones que ni la constitución ni la ley han previsto para el fuero militar. No se trata de favorecer la impunidad con la existencia misma de dicha institución, pero sí, debe ser concebido dicho fuero sólo bajo la perspectiva de la existencia de un órgano jurisdiccional especializado, independiente, autónomo e imparcial, que para el efecto constituye el juez natural especial, a quien la constitución y la ley le ha confiado la misión del juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio. Se tiene entonces que el fuero penal militar da lugar a la existencia de un régimen penal especial y el general lo constituye el régimen penal ordinario.*

**DERECHO PENAL**-Finalidad

*El Derecho Penal como rama del derecho público que describe las infracciones y señala las sanciones correspondientes, tiene como finalidad la protección del interés o bien individual o colectivo tutelado, el cual constituye el objeto jurídico del delito y genera la acción penal que además es pública y corresponde al Estado.*

**DELITO**-Efecto jurídico

**DAÑO**-Doble connotación

*El daño, es el efecto jurídico del delito, que comporta una doble connotación: a) El daño público o social que se produce al lesionar el bien o interés jurídico protegido por el Estado y que explica su intervención poniendo en marcha el aparato punitivo, imponiendo las sanciones a quien ha infringido el orden jurídico, pues el delito es siempre un hecho que perjudica a la comunidad; b) El daño particular que se produce con la lesión del bien jurídico, conocido como daño civil, da lugar a*

*la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, estableciéndose por el ordenamiento jurídico la obligación para el sujeto activo de reparar los daños tanto morales como materiales.*

#### **PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL-Fundamento constitucional**

#### **ACCION CIVIL EN PROCESO PENAL-Naturaleza/ACCION CIVIL EN LA JURISDICCION CIVIL-Naturaleza**

*La acción civil es de naturaleza esencialmente indemnizatoria teniendo como finalidad única y exclusiva el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado con la conducta punible a la víctima o perjudicado, pudiendo ostentar dicha calidad, una persona natural o jurídica, la colectividad y hasta el mismo Estado en cabeza de las entidades estatales o personas jurídicas de derecho público; para lo cual el legislador les ha otorgado la facultad de elegir si ejercen dicha acción dentro del proceso penal constituyéndose en parte civil o en forma independiente ante la jurisdicción civil.*

#### **PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL-Oportunidad de constitución/PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL-Solicitud de pruebas**

*De elegir su ejercicio dentro del proceso penal, la constitución de la parte civil deberá efectuarse en cualquier momento a partir de la resolución de apertura de la instrucción y, una vez admitida ésta quedará facultada para solicitar pruebas tendientes a demostrar no sólo la existencia del hecho y sus autores, sino también su responsabilidad y además la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados, denunciar bienes de propiedad del procesado y solicitar su embargo y secuestro; además, interponer recursos contra las providencias que resuelvan estos asuntos.*

#### **PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL MILITAR-Naturaleza**

**DERECHO A LA IGUALDAD**-Significado y contenido conforme a tratados internacionales

**CODIGO PENAL MILITAR**-Regulación especial y diferente

**CODIGO PENAL Y CODIGO PENAL MILITAR**-Distinción

**PARTE CIVIL**-Sujeto procesal

**PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL MILITAR**-Acceso a la administración de justicia

**PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL MILITAR**-Indemnización de víctimas y perjudicados

**ACCION INDEMNIZATORIA EN JUSTICIA PENAL MILITAR**-Competencia

**ADMINISTRACION DE JUSTICIA**-Finalidad

**JURISDICCION PENAL MILITAR**-Regulación por principios generales del derecho

**PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL MILITAR**-Finalidad/**PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL MILITAR**-Naturaleza indemnizatoria/**ACCION CIVIL EN MATERIA PENAL MILITAR**-Elección de ejercicio

*Se vulnera el derecho a acceder a la administración de justicia de las víctimas y perjudicados con el delito cuya competencia está asignada a la justicia penal militar, por cuanto de una parte, no pueden acceder a dicha jurisdicción con la finalidad de obtener la reparación directa de los daños causados y de otra, el derecho a obtener una decisión judicial que solucione su conflicto en forma integral, al no tener el derecho a obtener una declaración judicial sobre los perjuicios ocasionados. El acceso a la administración de justicia no es sólo para hacerse parte dentro del proceso, sino también para que se le reconozcan sus derechos y dentro de estos, el derecho a ser indemnizado por los daños que se le han causado, a más del derecho a que se haga justicia y a conocer la verdad de lo sucedido. En la forma como se ha previsto la institución de la parte civil en el Código Penal Militar, se desvirtúa su naturaleza misma que es esencialmente indemnizatoria y se le asigna una finalidad que no le es propia restándole toda efectividad y eficacia; además, se les limita o restringe el derecho a elegir entre el ejercer la acción civil dentro del proceso penal o fuera de éste ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, debiendo acudir única y necesariamente a ésta.*

#### **PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL MILITAR-Justificación**

*El derecho de las víctimas y perjudicados con el reato a intervenir en el proceso penal constituyéndose para ello en parte civil, se justifica en cuanto como sujetos procesales colaborarán*

*con la administración de justicia en procura de obtener la verdad de los hechos y la responsabilidad penal del sujeto activo del delito, no sólo en cumplimiento del deber impuesto por el constituyente, sino por el interés particular de obtener la reparación del daño.*

## **PRINCIPIO ACUSATORIO EN PROCESO PENAL MILITAR**

### **PROCESO PENAL MILITAR**

*Dentro del proceso penal militar se garantiza única y exclusivamente el derecho a la verdad conocido también como derecho a saber, excluyendo los derechos a la justicia y a la reparación del daño, sin razón legal ni constitucionalmente atendible.*

**DERECHO A SABER POR DELITO**-Alcance

**DERECHO A LA JUSTICIA POR DELITO**-Alcance

**DERECHO A OBTENER REPARACION POR DELITO**-Alcance

**PROTECCION Y PROMOCION DE DERECHOS HUMANOS MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD**-Principios

Referencia: expediente D-3524

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 107, 108 inciso 3º y 305 parcial de la ley 522 de 1999.

Demandante: Marcela Adriana Rodríguez Gómez.

Magistrado Ponente:  
JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá, D. C., a los treinta y un (31) días del mes de octubre del año dos mil uno (2001).

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

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana MARCELA ADRIANA RODRIGUEZ GOMEZ, presentó demanda contra los artículos 107, 108 inciso 3º y 305 parcial de la ley 522 de 1999 "Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar".

### **II. NORMAS DEMANDADAS**

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 43.665 del 13 de agosto de 1999.

#### **LEY 522 DE 1999 (agosto 12)**

*"Por la cual se expide el Código Penal Militar"*

*"Artículo 107. Titulares de la acción indemnizatoria. Las personas naturales, o sus sucesores, y las jurídicas perjudicadas por el hecho punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá a través de las acciones contencioso-administrativas de conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo o las normas que lo modifiquen o complementen".*

*"Artículo 108. Deber de indemnización del Estado. El Estado debe reparar los daños a que se refiere el artículo 106 del presente código. En el evento de ser condenado el Estado como consecuencia de un proceso judicial a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la*

*conducta dolosa o gravemente culposa de un miembro de la Fuerza Pública, aquél deberá repetir contra éste.*

En ningún caso la justicia penal militar podrá condenar al pago de perjuicios al miembro de la Fuerza Pública penalmente responsable”.

*“Artículo 305. Constitución de Parte Civil. La constitución de parte civil en el proceso penal militar tiene por objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos. Esta podrá constituirse por el perjudicado con el delito y por intermedio de abogado titulado, desde el momento de la apertura de la investigación hasta antes de que se dicte el auto que señala fecha y hora para la iniciación de la audiencia pública de juzgamiento”.*

### **III. LA DEMANDA**

Considera la demandante que con las normas demandadas se vulneran los artículos 13 y 221 de la Constitución Política de Colombia, por las siguientes razones:

1. Los artículos 107 y 108 inciso 3º vulneran el artículo 13 de la C. P.:

Por cuanto los miembros de la Fuerza Pública son servidores públicos y “sin embargo, a nadie se le ha pasado por la mente que por ejemplo, cualquier otro servidor público, un congresista o un ministro, no pueda ser condenado a perjuicios por la justicia penal, al mismo tiempo que es declarado penalmente responsable, sino que tenga la víctima que recurrir, luego de agotar el camino del proceso penal, al proceso contencioso. Esa diferencia entre unos servidores públicos y otros, objetivamente, no tiene justificación, y sí por el contrario, violenta la igualdad de tratamiento a que se refiere el artículo 13 de la C. P.”

2. El artículo 305 en el aparte demandado, vulnera el artículo 13 de la C. P.:

Porque desde hace muchos años el legislador consagró la figura de la parte civil en el Código de Procedimiento Penal como sujeto procesal, cuya finalidad es la de obtener por ese medio “el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado con el hecho punible”. Hasta antes de la expedición de la ley 522 de 1999 materia de acusación parcial, en ningún otro estatuto penal militar se había consagrado la parte civil como sujeto procesal. Sin embargo, en la regulación que se ha hecho de ella “se ha defraudado a las víctimas y de paso se ha hecho caso omiso de las decisiones de esa corporación, por cuanto establecer que ella tiene como objetivo exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad, en primer lugar no consulta la filosofía de la parte civil, y en segundo lugar no tendría diferencia alguna con el Ministerio Público, otra parte dentro del proceso penal. Así vistas las cosas ese artículo violenta el derecho de los perjudicados con punibles realizados por miembros de la Fuerza Pública”.

3. Las normas demandadas vulneran el artículo 221 de la C. P.:

En cuanto al señalar que de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública conocen las cortes marciales o los tribunales militares. La expresión “delito” contenida en el artículo 221, “no solamente se refiere a la acción penal, sino inclusive a la acción civil producto de la acción penal. Por ésta razón, no tiene sentido la discriminación consagrada en las normas demandadas (...). Agrega, que “la jurisdicción contencioso administrativa ha sido creada para resolver los conflictos que se presenten entre un particular que demanda y la administración que ha producido un acto, y no para resolver problemas entre un particular y un agente”.

### **IV. INTERVENCIONES**

4.1 Intervención del Ministerio de Defensa Nacional.

El Ministerio de Defensa Nacional intervino en este proceso a través de apoderada especial, para solicitar a la Corte que declare exequibles las normas demandadas por no infringir norma superior alguna, con fundamento en los argumentos que a continuación se indican:

- La finalidad de la parte civil dentro del proceso penal es la de perseguir el resarcimiento del daño ocasionado con el hecho punible, a diferencia de lo que ocurre con la parte civil en el proceso penal militar, cuya finalidad se restringe a su intervención para el impulso procesal, “no se puede desconocer que la justicia penal militar tiene una competencia especializada y circunscrita a los términos en que el poder constituyente concibió el fuero penal militar, consagrando en el artículo 221 de la Constitución; ... que los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales, o los tribunales militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

- Los jueces penales militares no poseen una jurisdicción plena, como sí la poseen los jueces de la rama judicial, razón por la cual están excluidos de la estructura de la rama judicial.
- "... la validez y búsqueda de la verdad como objetivos de la justicia constituyen elementos consustanciales al derecho... El investigador penal será más eficiente en la medida en que cuente con la colaboración seria y decidida de la víctima o de sus familiares, no es igual el papel del Ministerio Público como sujeto procesal, como erradamente se aprecia por la demandante".
- Se constituye en una total garantía para la víctima o los familiares perjudicados con el hecho investigado por la Justicia Penal Militar, que sea el Estado como demandado mediante la acción de reparación directa, quien les responda por los daños o perjuicios causados por el hecho delictuoso de uno de sus agentes y no depender de la solvencia de su victimario. Por tanto, no coarta la norma el derecho de las personas constituidas en parte civil, por cuanto tienen dicha acción contra el Estado, la cual tiene su razón de ser en la calidad del sujeto demandado, cuya competencia radica única y exclusivamente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Existen criterios relevantes de diferenciación entre los servidores públicos en general y los que integran las fuerzas militares, en razón a la especialidad de su función, lo que justifica la norma y el que tengan un régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, siendo impreciso hablar del derecho a la igualdad.

#### 4.2 Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministerio de Justicia y del Derecho, intervino a través de delegatario para justificar la constitucionalidad de las normas acusadas. Las razones que expuso en su escrito se resumen a continuación:

- No existe vulneración al derecho a la igualdad, dado que esta queda subsumida enteramente dentro del principio de legalidad, siendo la ley el único punto de referencia relevante para establecer diferenciaciones.
- La jurisdicción penal militar es de creación legal y por mandato constitucional, que tiene como fundamento la figura del fuero militar consagrada constitucionalmente, "con la finalidad de que los miembros de la fuerza pública estén sujetos en las actividades que cumplen en desarrollo del servicio a un régimen especial tanto sustantivo como procedimental, que sea consonante con la especificidad de la organización y funcionamiento de la fuerza pública". Por lo que su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva.
- "Las normas acusadas exigen que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítimas, esto obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental...".
- Finalmente señala que los artículos 107 y 108 del Código Penal Militar tienen en cuenta los derechos fundamentales de las personas afectadas con la realización de la acción, al establecer que las personas perjudicadas tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, a través de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, debiendo repetir el Estado contra los miembros de la fuerza pública; por lo tanto, sí responden éstos por sus actos.

#### V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

El señor Procurador General de la Nación, rindió el concepto No. 2593 recibido en esta corporación el 27 de junio de 2001, solicitando a la Corte declarar inexecutable el artículo 108 demandado y la expresión "exclusivo" del artículo 305, así mismo declarar executable pero en forma condicionada el artículo 107 bajo el entendido de que no se haya ejercido la acción civil dentro del proceso penal militar, con fundamento en las siguientes consideraciones:

- Tal como se prevé en la legislación penal, el ejercicio de la acción civil al interior del proceso penal mediante la constitución de parte civil, como lo han señalado las legislaciones (artículo 45 Decreto 2700/91, 94 ley 599/00 y 45 de la ley 600/00) y lo ha reiterado la doctrina constitucional en sentencia C - 163/00, tiene como objetivo y razón de ser, obtener el resarcimiento o indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el delito. Por ello, para la Vista Fiscal no hay duda que la actividad de este sujeto procesal está enmarcada y encaminada a la obtención de una pretensión económica de carácter civil, no obstante realizarse al interior de un proceso penal.

- Ni la esencia de la parte civil, ni el fundamento de su creación legal es el que sea simplemente un impulsador de la actividad procesal en la búsqueda de la verdad de los hechos, despojándolo de cualquier derecho e interés personal de lograr una decisión judicial de índole resarcitoria tal como lo contempla el legislador en su artículo 305 acusado. Así como se han contemplado un cúmulo de garantías para el procesado, “también existe el derecho de las víctimas para constituirse en parte civil y la obligación del juez para pronunciarse sobre los perjuicios ocasionados por el delito, principios que desarrollan el derecho a un debido proceso penal y a la tutela judicial efectiva. Sólo así se cumple por las autoridades judiciales el deber de proteger a las víctimas y procurar el restablecimiento pleno de los derechos que hayan resultado quebrantados por el ilícito”.
- Las normas del Código Penal Militar deben ajustarse al carácter restrictivo del fuero castrense sin menoscabar los derechos fundamentales de los sujetos procesales. “No puede afirmarse que las normas acusadas garantizan efectivamente el derecho de los perjudicados a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso porque permiten que intervengan en la actuación, EXCLUSIVAMENTE para la búsqueda de la verdad, sin vulnerar abiertamente el principio de la igualdad, porque también les ha de asistir el derecho a buscar la indemnización de los perjuicios que el ilícito les ha generado dentro del proceso penal, tal como se autoriza en la legislación penal ordinaria”.
- Las normas demandadas limitan irrazonablemente las posibilidades para que los perjudicados obtengan la indemnización de los daños y lo colocan injustificadamente en situación más gravosa en relación con las facultades reconocidas a la parte civil en el proceso ordinario penal, debiendo acudir a otro proceso por demás dilatorio.

## **VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.**

### **1. Competencia**

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 4º de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

### **2. Planteamiento del problema**

Corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si los artículos 107, 108 en su inciso 3º, y 305 parcial de la ley 522 de 1999 por la cual se expide el Código Penal Militar relativos a la acción indemnizatoria y constitución de parte civil dentro del proceso penal militar, contrarían alguno de los preceptos constitucionales de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991 y en especial los contenidos en los artículos 13 y 221 de la Constitución Política, de acuerdo con los cargos formulados por la demandante.

### **3. Consideraciones previas y generales.**

#### **3.1. La Justicia Penal Militar a la luz de nuestra Carta Política.**

La Constitución Política de Colombia en su título V mantiene la tradicional clasificación de las ramas del poder público como son la legislativa, ejecutiva y judicial, integradas por diferentes órganos que si bien tienen funciones separadas, colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado, señalando que además, existen otros órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

En el título VIII al replantear la organización y funcionamiento de la rama judicial concibe al interior de la misma, varias jurisdicciones: ordinaria, contencioso administrativa, constitucional y las especiales integradas por la indígena y por los jueces de paz; no haciendo referencia alguna a la jurisdicción penal militar dentro de dicha clasificación.

De otra parte, crea dos (2) órganos especiales uno para la investigación en materia penal a través de la Fiscalía General de la Nación, quien tiene como función primordial investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes; adoptándose así un sistema acusatorio mixto, dado que en aplicación del principio acusatorio el juez no puede actuar si no existe una acusación por parte de la Fiscalía, lo que hace que en nuestro ordenamiento no se de un sistema acusatorio puro; y otro como es el Consejo Superior de la Judicatura, para la administración de la rama judicial, vigilancia disciplinaria, solución de conflictos de competencia y postulación de algunos funcionarios judiciales.

No obstante que la jurisdicción penal militar no fue incluida dentro de los órganos que componen o integran la rama judicial, el constituyente primario a través del artículo 116 de la C. P. le asignó funciones jurisdiccionales, al establecer que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia,

el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces y “la justicia penal militar” tienen a su cargo la labor de administrar justicia.

Adicionalmente establece que, otros entes ejercerán funciones judiciales, como el Congreso, excepcionalmente determinadas autoridades administrativas y transitoriamente los particulares como conciliadores o árbitros.

Si bien, de acuerdo a nuestra Carta Política “la jurisdicción penal militar” orgánicamente no integra o no forma parte de la rama judicial, sí administra justicia en los términos, naturaleza y características consagradas en el artículo 228 ibídem, esto es, en forma autónoma, independiente y especializada, debiendo en sus actuaciones otorgar preponderancia al derecho sustancial, como se reitera en el artículo 203 del Código Penal Militar.

El mismo artículo 228 define la administración de justicia como función pública a cargo del Estado, garantizando a toda persona, en su artículo 229 ibídem el derecho para acceder a la misma, lo cual se extiende a la justicia penal militar.

Así mismo el mandato constitucional contenido en el artículo 230 C. P., que reitera el que los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, es aplicable también a la justicia penal militar que como se señaló administra justicia aunque orgánicamente no integre la rama judicial del poder público; mandato que se transcribe en el artículo 201 del Código Penal Militar.

Por último, la justicia penal militar como quiera que como se señaló, está sometida al imperio de la ley entendida esta en su sentido material, también está sujeta en su actividad judicial a la estricta observancia de los preceptos constitucionales y en especial a los contenidos en los artículos 28 a 35 garantizando los derechos fundamentales respectivos, tales como, el debido proceso, la libertad, la doble instancia, reconocimiento de la dignidad humana, no reformatio in pejus etc., que se incorporan expresamente al Código Penal Militar en los artículos 196 a 200 y 207.

### **3.2. La Fuerza Pública y el Fuero Penal Militar.**

La Institución del Fuero Penal Militar de consagración constitucional, se encuentra prevista y establecida en el artículo 221 de la C. P. modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 2/95 bajo los siguientes términos: “De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”.

De lo anterior se establece que: a) “El Fuero Militar” a que hace referencia la norma constitucional mencionada se circunscribe única y exclusivamente al ámbito de lo penal, en cuanto al juzgamiento de las conductas delictivas realizadas por los miembros de la Fuerza Pública (elemento objetivo) ; b) Dicho fuero cobija a todos los miembros de la Fuerza Pública que al tenor de lo preceptuado por el artículo 216 ibídem está integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (elemento subjetivo); c) El fuero militar se restringe a los ilícitos penales cometidos en “servicio activo y en relación con el mismo servicio” (elemento funcional).

De tal manera, que por los delitos cometidos bajo circunstancias diferentes a las plasmadas en el artículo 221, los miembros de la fuerza pública serán juzgados por la jurisdicción penal ordinaria; esto es, cuando dichas conductas se realizan por dicho personal no estando en servicio activo; o cuando no obstante estar en servicio activo no tienen relación con el servicio. Por tanto, no toda conducta delictuosa realizada por un miembro de la Fuerza Pública es de conocimiento de la justicia penal militar, debiendo existir un vínculo o nexo de causalidad directa entre la conducta y el servicio, para que el comportamiento delictuoso sea de su competencia. Entendido el servicio como aquel que se relaciona directamente con las funciones constitucionales y legales asignadas a la misma.

De acuerdo a lo previsto por nuestra Constitución Política, las Fuerzas Militares tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Por su parte, la Policía Nacional tiene como fin primordial el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (arts. 217 y 218 de la C.P.); funciones estas a las que se contrae el fuero militar.

Entonces, es dable afirmar que la Institución del fuero militar se justifica sólo en razón a la índole e importancia de la actividad que cumple la Fuerza Pública, constituyendo éste una situación particular y especial en que se coloca a éstos sujetos en razón a su misma condición, sacándolos

de lo general y común, para darles un tratamiento especializado más no diferente, ni mucho menos preferente ni privilegiado, como se tiende a creer erradamente, atribuyendo connotaciones que ni la constitución ni la ley han previsto para el fuero militar.

No se trata pues, de favorecer la impunidad con la existencia misma de dicha institución, pero sí, debe ser concebido dicho fuero sólo bajo la perspectiva de la existencia de un órgano jurisdiccional especializado, independiente, autónomo e imparcial, que para el efecto constituye el juez natural especial, a quien la constitución y la ley le ha confiado la misión del juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio. Se tiene entonces que el fuero penal militar da lugar a la existencia de un régimen penal especial y el general lo constituye el régimen penal ordinario.

Con relación a la jurisdicción penal militar y al fuero militar en sentencia C-358 de 1997, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, se dijo:

“ En los precisos términos de la Constitución Política, la jurisdicción penal militar conoce (1) de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, (2) siempre que ellos tengan "relación con el mismo servicio". De esta manera, la misma Carta ha determinado los elementos centrales de la competencia excepcional de la justicia castrense, con lo cual limita el ámbito de acción del legislador en este campo y exige un más estricto control de constitucionalidad sobre él, pues, como bien se expresó en la Sentencia C-081/96 de esta Corporación, entre más definida se encuentre una institución por la Carta, menor será la libertad de configuración del Legislador sobre ella. Por ende, la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. La extensión de éste, por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común<sup>1</sup>.

(...)

3. La expresión "relación con el mismo servicio", a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan "relación con el mismo servicio". El término "servicio" alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares - defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional - y de la policía nacional - mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.

(...)

6. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública...

Un entendimiento distinto del que se concede a estas hipótesis en esta sentencia, conduciría a desvirtuar la esencia del fuero militar y policial, que de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental...El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincinencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano

---

<sup>1</sup> Diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han reiterado que el fuero penal militar tiene carácter excepcional y restringido. Al respecto ver, entre otras, las siguientes providencias de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 4 de octubre de 1971, M.P. Eustorgio Sarria, Gaceta Judicial CXXXVIII, p. 408; auto del 22 de septiembre de 1989, M.P. Edgar Saavedra, proceso 4065; sentencia del 14 de diciembre de 1992, M.P. Dídimo Páez, proceso 6750; sentencia del 7 de julio de 1993, M.P. Gustavo Gómez, proceso 7187; sentencia del 26 de marzo de 1996, M.P. Jorge Córdoba, proceso 8827. Entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional ver el auto 012 de 1994, M.P. Jorge Arango, y las sentencias C-399 de 1995 y C-17 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias.

(...)

La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.

(...)

10. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

- a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional...
- b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública...
- c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”.

### **3.3. Naturaleza y finalidad de la parte civil dentro del proceso penal colombiano.**

El Derecho Penal como rama del derecho público que describe las infracciones y señala las sanciones correspondientes, tiene como finalidad la protección del interés o bien individual o colectivo tutelado, el cual constituye el objeto jurídico del delito y genera la acción penal que además es pública y corresponde al Estado.

Si bien la acción penal tiene como finalidad primordial sancionar a quienes con su conducta atacan o violan los bienes jurídicos individuales o colectivos mediante el delito; no puede resultar indiferente el que dicho comportamiento delictuoso produce unos efectos jurídicos dañinos.

El daño, es el efecto jurídico del delito, que comporta una doble connotación: a) El daño público o social que se produce al lesionar el bien o interés jurídico protegido por el Estado y que explica su intervención poniendo en marcha el aparato punitivo, imponiendo las sanciones a quien ha infringido el orden jurídico, pues el delito es siempre un hecho que perjudica a la comunidad; b) El daño particular que se produce con la lesión del bien jurídico, conocido como daño civil, da lugar a la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, estableciéndose por el ordenamiento jurídico la obligación para el sujeto activo de reparar los daños tanto morales como materiales.

Desde el Código Civil ya se reconoce que el delito es generador de daño estableciendo la obligación de repararlo por los responsables, al señalar en el artículo 2341: “El que ha cometido un

delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Así mismo, nuestro ordenamiento penal se ha ocupado siempre de la acción civil, señalando su naturaleza, finalidad, titulares y formas de ejercerla. Es así, como no sólo en el nuevo Código Penal y de Procedimiento, sino en los anteriores se ha previsto para tal efecto, la institución jurídica denominada “parte civil” la cual tiene su fundamento constitucional de una parte, en el derecho que tienen los sujetos pasivos del delito a participar el proceso penal y, de otra parte en la obligación del estado de procurar el restablecimiento del derecho a los mismos.

El capítulo sexto del título IV libro primero del nuevo Código Penal, se refiere a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible para señalar la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ésta, a cargo de las personas penalmente responsables en forma solidaria y por los que, conforme a la ley sustancial están obligados a responder.

Se impone además a la Fiscalía General de la Nación, en desarrollo del precepto constitucional contenido en el numeral 1 del artículo 250, el deber de adoptar de oficio las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, para que las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados por la conducta punible. Así como el señalar en la sentencia los fundamentos jurídicos relacionados con la indemnización de perjuicios en los eventos que proceda y condenar en concreto al pago de los mismos si a ello hubiere lugar, caso en el cual la responsabilidad no podrá ser discutida en el proceso civil; debiendo limitarse éste a la clase y monto de los perjuicios, cuando el perjudicado no se haya constituido en parte civil. (art. 21 C. P. , 59 y 170 C. de P. P.). Al respecto podemos señalar, que resulta ineficaz el pronunciamiento de oficio por el juez penal, cuando el afectado no se ha constituido en parte civil optando por acudir a la jurisdicción civil.

Se señala a su vez, como titulares de la acción civil a las personas naturales o sus sucesores, a las jurídicas y al actor popular, que resulten perjudicadas directamente por la conducta punible, como quiera que la misma lesiona bienes jurídicos individuales o colectivos, teniendo derecho a la acción indemnizatoria correspondiente. (art. 95 C. P).

De todo lo anterior, se puede concluir que la acción civil es de naturaleza esencialmente indemnizatoria teniendo como finalidad única y exclusiva el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado con la conducta punible a la víctima o perjudicado, pudiendo ostentar dicha calidad, una persona natural o jurídica, la colectividad y hasta el mismo Estado en cabeza de las entidades estatales o personas jurídicas de derecho público; para lo cual el legislador les ha otorgado la facultad de elegir si ejercen dicha acción dentro del proceso penal constituyéndose en parte civil o en forma independiente ante la jurisdicción civil. (arts 45 y ss., 137 del C. de P. P.).

De elegir su ejercicio dentro del proceso penal, la constitución de la parte civil deberá efectuarse en cualquier momento a partir de la resolución de apertura de la instrucción y, una vez admitida ésta quedará facultada para solicitar pruebas tendientes a demostrar no sólo la existencia del hecho y sus autores, sino también su responsabilidad y además la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados, denunciar bienes de propiedad del procesado y solicitar su embargo y secuestro; además, interponer recursos contra las providencias que resuelvan estos asuntos.

Finalmente, se establece como requisito de procedibilidad de la acción civil la responsabilidad penal, estableciendo en el artículo 57 C. de P. P. que no procede cuando se haya declarado por providencia ejecutoriada que la conducta no se realizó, que el sindicado no la cometió, o que obró en cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.

#### **3.4. Naturaleza y finalidad de la parte civil dentro del proceso penal militar.**

La ley 522 de 1999 por la cual se expide el Código Penal Militar y que es materia de análisis en esta oportunidad por la Sala en cuanto a la institución de la parte civil, tampoco es indiferente frente al daño que ocasiona la conducta delictuosa realizada por los miembros de las Fuerzas Militares en servicio activo y en relación con el servicio y es así como de una parte, permite la constitución de parte civil dentro del proceso penal militar y en varios de sus preceptos muy similares y siguiendo la misma orientación de los previstos en el Código Penal y de Procedimiento Penal se refiere a ella para fijar su naturaleza, finalidad, facultades y ejercicio, pero, a diferencia de éstos restringe su alcance y desvirtúa su naturaleza, como se analizará más adelante; de otra parte, contempla como única posibilidad la de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para efectos de ejercer la respectiva acción indemnizatoria con el fin de obtener el restablecimiento del derecho mediante la indemnización de perjuicios.

También se prevé en el ordenamiento penal militar, artículo 206 que: "Las autoridades judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y se restablezcan los derechos quebrantados".

En su título quinto dedica un capítulo único a lo relacionado con la responsabilidad civil derivada del hecho punible reconociendo que éste origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan, señalando quienes son los titulares de la acción indemnizatoria.

Posteriormente, en el Libro Tercero, título V, capítulo V, se refiere también **a la parte civil como sujeto procesal**, señalando que la constitución de parte civil en el proceso penal militar tiene por objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos, pudiendo hacerse parte desde el momento de la apertura de la investigación hasta antes de que se dicte el auto que señala fecha y hora para la iniciación de la audiencia pública de juzgamiento.

Además se le reconocen una serie de facultades, para ejercerlas dentro del proceso penal militar, como son: a) Podrá recurrir el auto inhibitorio de apertura de investigación en el caso de tener la calidad de denunciante o querellante (art. 459); b) Tendrá derecho a solicitar y controvertir las pruebas, a impugnar las decisiones y a realizar las demás actuaciones que en desarrollo de este principio autoriza la ley (arts.216 y 309); c) Podrá intervenir en la audiencia pública (art. 572); d) Es titular del recurso de casación (art. 369); e) Es titular de la acción de revisión (art. 374).

Por su parte, el artículo 18 de la ley 522 de 1999, dispone: "En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este código". De tal manera que en cuanto a la institución de la parte civil se refiere son aplicables las normas contenidas en el Código Penal y de Procedimiento Penal en cuanto no se encuentre regulado en éste, por remisión expresa de la misma ley.

#### **4. Del primer cargo formulado: Derecho a la igualdad.**

El artículo 13 de nuestra Constitución Política consagra el derecho a la igualdad al señalar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Agrega que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Si bien el anterior precepto define el derecho a la igualdad, éste no se circunscribe sólo a la forma como quedó enunciado, pues de conformidad con el artículo 93 ibídem su significado y contenido puede ampliarse e interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia los cuales prevalecen en el orden interno.

Es así como, La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su artículo 2-1 que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición**".

Con relación al derecho a la igualdad en sentencia T- 230 de 1994, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, se indicó:

"(...)

4. La justificación del trato jurídico distinto de una situación jurídica equiparable, sólo es posible si se demuestra que ella resulta claramente de la finalidad perseguida por la norma que establece la distinción. En términos de la Corte Europea de Derechos Humanos, "No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas". En este orden de ideas, es necesario tener en consideración los objetivos de la norma que establece la distinción, "los cuales - continúa la Corte - no pueden apartarse de la justicia y de la razón, vale decir no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"<sup>2</sup>

Para la Sala no resulta procedente analizar la situación en que se encuentra la víctima o perjudicado con el ilícito penal militar, respecto de la víctima o perjudicado con el ilícito penal ordinario, puesto que para entrar a estudiar si se vulnera o no el derecho a la igualdad, deberíamos comparar las dos (2) Legislaciones, esto es, la contenida en el Código Penal respecto del Código

---

<sup>2</sup> CEDH. Sentencia del 23 de julio de 1968 P.34

Penal Militar, que no es del caso, por cuanto existe fundamento razonable que justifica la existencia de los dos (2) ordenamientos como lo es el reconocimiento del fuero penal militar consagrado constitucionalmente y que cobija al sujeto activo de los delitos tipificados en éste último.

Se justifica y resulta razonable la existencia de una justicia penal militar especializada y diferente de la penal ordinaria, en razón al fuero penal militar, dado que como se señaló la única finalidad de éste consiste en someter a estos sujetos activos cualificados del delito a una justicia especializada en razón a: a) las funciones propias del servicio que les han sido asignadas por la constitución y la ley y, b) la especialidad de la mayoría de los bienes jurídicos que se protegen, como son, la disciplina, el servicio, los intereses y seguridad de la fuerza pública, el honor, etc., propios de la actividad que compete a la Fuerza Pública.

En anterior oportunidad esta Sala en sentencia C – 1068 de 2001 al pronunciarse sobre una demanda de inconstitucionalidad del artículo 61 del Código Penal respecto del cargo relacionado con la presunta vulneración al derecho a la igualdad frente al tratamiento dado en el Código Penal Militar a la dosificación de la pena, expresó:

*“En razón de lo anterior existe un Código Penal Militar, que contiene una regulación especial, y diferente, en atención a los sujetos, a los bienes jurídicos protegidos y a las condiciones especiales que se derivan de la función que conforme a la Constitución corresponde cumplir a las fuerzas armadas, tanto en cuanto al señalamiento de las conductas punibles y las sanciones, como del procedimiento aplicable.*

Dado que la propia Constitución contempla la existencia de un código penal especial para el juzgamiento de los militares en servicio activo y en razón de los actos cometidos en relación con el mismo servicio, y que por la naturaleza misma de los códigos, estos buscan regular de manera completa una materia, el Código Penal Militar contiene un régimen completo, tanto sustantivo como procesal, que si bien debe respetar y desarrollar los principios y valores constitucionales, y responde por consiguiente a los mismos principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario, puede diferenciarse del mismo, cuando así lo exijan las especiales condiciones para las cuales está previsto, o cuando de tal diferencia no se derive detrimento de la Constitución. Sobre el particular la Corte ha expresado que “[l]a Constitución no establece que las normas procesales del Código Penal Militar deban ser idénticas a las del Código de Procedimiento Penal. Si las disposiciones de la legislación especial garantizan el debido proceso y se sujetan a la Constitución Política, en principio, no son de recibo las glosas que se fundamenten exclusivamente en sus diferencias en relación con las normas ordinarias, salvo que éstas carezcan de justificación alguna. La Constitución ha impuesto directamente una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común. Por consiguiente, el sustento de una pretendida desigualdad no podrá basarse en la mera disparidad de los textos normativos.”<sup>2</sup>

*(...) Siendo los dos sistemas admisibles conforme a la Constitución, entra dentro de la esfera de la potestad configurativa del legislador la opción entre uno u otro, sin que del hecho de que se apliquen simultáneamente en ordenamientos penales distintos, el uno general y el otro especial, pueda derivarse una violación de la Constitución.*

*(...) Tratándose de ordenamientos diversos, cuya existencia encuentra sustento en la Constitución, las diferencias de régimen entre uno y otro no pueden dar lugar, por esa sola razón, a una decisión de inconstitucionalidad, sino que sería necesario acreditar que, en uno o en otro caso, la norma acusada es contraria a la Constitución. Ello no ocurre frente a la disposición objeto de examen y por consiguiente habrán de desestimarse los cargos de la demanda”.*

De todo lo antes expuesto, se concluye por la Sala que, existe un fin normativo que justifica racional y proporcionalmente la diferencia de trato entre las dos (2) legislaciones. Por lo tanto, no es de recibo por esta Sala la diferencia de “iure” planteada, no prosperando el cargo formulado.

**5. Del segundo cargo formulado: La expresión “delito” contenida en el artículo 221, “no solamente se refiere a la acción penal, sino inclusive a la acción civil producto de la acción penal.**

---

<sup>2</sup> Sentencia C-358 de 1997 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. En aquella oportunidad la Corte, entre otros cargos, se ocupó del estudio del que pretendía que existía una violación del principio de igualdad, por la manera distinta como la acumulación jurídica de las diversas penas impuestas contra una misma persona en diferentes procesos, estaba prevista en la justicia penal ordinaria y en la justicia penal militar. La Corte señaló que la diferencia existente en los dos regímenes procesales no resulta violatoria de la Constitución.

No comparte la Sala la apreciación expuesta por la demandante en cuanto a la interpretación que se da a la expresión “delitos” contenida en el precepto constitucional del artículo 221, pues el constituyente primario no hace referencia con este término a las dos (2) acciones la penal y civil derivada del delito como se indica.

La expresión “delitos” contenida en el artículo 221 simplemente está determinando, circunscribiendo o restringiendo el fuero militar al área de lo penal, para el juzgamiento por parte de una justicia especializada de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública.

Pero, obviamente éste artículo relacionado con el fuero penal militar, no puede interpretarse en forma aislada de los demás preceptos de la Carta, pues esto, desconocería la naturaleza de la misma como un todo orgánico y coherente, debiendo interpretarse en forma sistemática e integradora, armonizando y articulando sus disposiciones.

Por lo tanto, la Sala considera que al no prosperar los cargos formulados en la demanda y en virtud de la facultad constitucional y legal que le es propia en especial la contenida en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991 se hace necesario entrar a analizar si las normas demandadas contrarían algún otro precepto constitucional.

#### **6. Del sujeto procesal denominado parte civil. De los fines esenciales del Estado. Del derecho a acceder a la administración de justicia. Del principio del restablecimiento del derecho.**

La parte civil es un verdadero sujeto procesal con todos los derechos que le son propios y que puede ejercer una parte dentro del proceso; en el presente caso y como se señaló en el numeral 3.4 de esta providencia, el Código Penal Militar en su libro tercero, título quinto al referirse a los sujetos procesales incluye a la parte civil dentro de esta cualificación y en el artículo 309 le señala las facultades que tiene como sujeto procesal, que se concretan entre otras, en: solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho punible, la identidad de los autores o partícipes, y su responsabilidad; así como interponer recursos.

Si la finalidad de la parte civil dentro del proceso penal militar se reduce tan solo al impulso procesal en la búsqueda de la verdad, no tiene sentido el establecimiento de dicha institución en este proceso, ya que esta se cumple por el mandato del artículo 95 numeral 7 de la Carta Política que establece como uno de los deberes de la persona y del ciudadano el “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”, de tal manera que si esta fuere su única finalidad, resultaría inoperante la normatividad relativa a la parte civil dentro de dicho proceso.

Existiendo de una parte, norma constitucional que impone el deber de colaborar con la justicia en la búsqueda de la verdad a todos los ciudadanos y, norma legal que impone al juez penal en razón al carácter oficioso de dicha acción, el deber de impulsar el proceso en la búsqueda de la verdad, por cuanto éste también es un deber del Estado; no tendría razón de ser toda esta regulación en torno a la institución jurídica de la parte civil dentro del proceso penal militar, contenida en el artículo 305 y siguientes, si no se conserva su naturaleza jurídica y finalidad primordial más no única, como lo es, la indemnización de las víctimas y perjudicados con la infracción penal, pretensión de carácter netamente civil y económica, que tiene su fundamento en diversos preceptos constitucionales y pactos internacionales.

Si bien la búsqueda de la verdad es en principio un deber de todo ciudadano de colaborar con la administración de justicia, también comporta un derecho de las víctimas a saber o conocer la verdad de los hechos, los cuales deben ser investigados sancionando a los responsables.

El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce el derecho de las víctimas del delito a acceder a la justicia en condiciones de igualdad para obtener “la determinación de sus derechos de carácter civil” que no son otros diferentes al restablecimiento de sus derechos y al resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la conducta dañina y lesiva de los bienes jurídicos tutelados.

Lo anterior se hace efectivo, mediante el cumplimiento de los fines esenciales del Estado que prevé entre otros, en el artículo 2º de la Carta Política, el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; así mismo, el facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y el asegurar la vigencia de un orden justo. Señala igualmente como finalidad primordial de las autoridades el proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, así como asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El fin de la administración de justicia es hacer efectivos los derechos materiales de las personas y los procedimientos tienen que servir para hacer efectivos en este caso, los derechos de las víctimas y perjudicados con el hecho punible no sólo a la reparación del daño, sino también, a

conocer la realidad de los hechos mediante la investigación respectiva a través del proceso penal y a que se haga justicia sancionando a los infractores.

El artículo 107 del Código Penal Militar, lejos de garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, despoja a las víctimas y perjudicados con los ilícitos contemplados en dicho Código, del derecho que les asiste a obtener dentro del mismo proceso penal una decisión judicial de índole resarcitoria, como lo expresa igualmente el Ministerio Público, colocándolos por demás en situación gravosa al tener que iniciar otro proceso incluso más costoso y poco o nada célere para obtener el restablecimiento de sus derechos y la consiguiente indemnización de los perjuicios.

Mediante los artículos 107 y 108 *ibídem*, tampoco se cumple con la finalidad del Estado y las autoridades de garantizar y proteger los derechos de las víctimas y perjudicados con la ilicitud, como tampoco con lo convenido en el artículo 14 del P.I.D.C.P.

Con la prohibición contenida en el inciso 3o del artículo 108 se protege al miembro de la fuerza pública en detrimento de la víctima o sujeto pasivo del delito, sin razón constitucional ni legalmente atendible, toda vez que como se expresó en su oportunidad el fuero penal militar no comporta de manera alguna privilegio o prerrogativa en perjuicio de los derechos fundamentales de quienes resultan perjudicados con el reato.

El fuero penal militar se circunscribe a los términos expresamente señalados por el constituyente en el artículo 221, debiendo ser aplicado e interpretado en forma restrictiva y sin que sea dable asignar una interpretación extensiva a situaciones distintas a las expresamente previstas.

En la Constitución Política de 1991, se reconoce “la responsabilidad patrimonial del Estado” consagrándose a nivel constitucional en el artículo 90 de la C. P., al señalar que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, previendo además la acción de repetición contra el agente suyo que con su conducta dolosa o culposa haya dado lugar a la condena al Estado para la reparación patrimonial del daño.

El que esté consagrada constitucionalmente dicha responsabilidad en cabeza del Estado no justifica de ninguna manera el limitar o negar los derechos del sujeto pasivo del ilícito penal militar, quebrantando sus garantías y derechos fundamentales, asistiéndole derecho a elegir entre perseguir directamente al sujeto activo del delito para obtener la indemnización a través del proceso penal, o acudir en contra del Estado ante la Jurisdicción Contenciosa.

En ninguna forma se desconoce el fuero penal militar por el hecho de que los sujetos pasivos de un ilícito penal militar ejerzan sus derechos a plenitud como parte civil dentro del proceso penal militar. De otra parte, el fuero no puede ser extensivo a situaciones diferentes a las que señala la Carta, como si se tratara de una prerrogativa o privilegio en desmedro de los derechos fundamentales de las personas que han sufrido directamente el daño proveniente de la conducta delictuosa. El fuero penal militar como se ha venido expresando, no es más que un tratamiento especializado a la Fuerza Pública en su condición de órgano especial del Estado que cumple con unas funciones específicas y especiales.

De otra parte, no podemos perder de vista que la jurisdicción penal militar como justicia especializada, se encuentran regida y orientada por los principios generales del derecho, debiendo garantizar los derechos fundamentales contenidos en la Carta Política y reiterados tanto en el ordenamiento penal ordinario como en el penal militar. Basta revisar el capítulo II del Código Penal Militar titulado “principios y reglas fundamentales” y el libro tercero del Procedimiento Penal Militar, para constatar que su articulado contiene una serie de principios generales del derecho y reitera la garantía de los derechos fundamentales.

Se vulnera **el derecho a acceder a la administración de justicia** de las víctimas y perjudicados con el delito cuya competencia está asignada a la justicia penal militar, por cuanto de una parte, no pueden acceder a dicha jurisdicción con la finalidad de obtener la reparación directa de los daños causados y de otra, el derecho a obtener una decisión judicial que solucione su conflicto en forma integral, al no tener el derecho a obtener una declaración judicial sobre los perjuicios ocasionados.

El acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) no es sólo para hacerse parte dentro del proceso, sino también para que se le reconozcan sus derechos y dentro de estos, el derecho a ser indemnizado por los daños que se le han causado, a más del derecho a que se haga justicia y a conocer la verdad de lo sucedido.

En la forma como se ha previsto la institución de la parte civil en el Código Penal Militar, se desvirtúa su naturaleza misma que es esencialmente indemnizatoria y se le asigna una finalidad que no le es propia restándole toda efectividad y eficacia; además, se les limita o restringe **el**

**derecho a elegir** entre el ejercer la acción civil dentro del proceso penal o fuera de éste ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, debiendo acudir única y necesariamente a ésta.

El derecho de las víctimas y perjudicados con el reato a intervenir en el proceso penal constituyéndose para ello en parte civil, se justifica en cuanto como sujetos procesales colaborarán con la administración de justicia en procura de obtener la verdad de los hechos y la responsabilidad penal del sujeto activo del delito, no sólo en cumplimiento del deber impuesto por el constituyente, sino por el interés particular de obtener la reparación del daño.

Por último se tiene, que no obstante que a la Fiscalía General de la Nación no se le asignó la función de investigación y acusación de los delitos tipificados en el Código Penal Militar, no teniendo participación alguna dentro del proceso respectivo por mandato constitucional (inc. 1o. art. 250 C. P.), este mismo Código estableció dentro de la estructura de la justicia penal militar, los Fiscales Penales Militares (art. 260 C. P. M), quienes ejercen la función de calificación y acusación en el proceso penal militar.

Lo anterior, en razón a que si bien es cierto que en la justicia penal militar la Fiscalía General de la Nación no interviene, de todas maneras “el principio acusatorio” que gobierna el proceso penal general consagrado constitucionalmente debe encontrarse reflejado dentro del Proceso Penal Militar, debiendo cumplir la Fiscalía Penal Militar las funciones que le establezca la ley al tenor de lo dispuesto por el numeral 5o del artículo 250 de la C. P.

En virtud de ello se observa que el artículo 206 del Código Penal Militar señala el deber que tienen las autoridades judiciales de “adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y se restablezcan los derechos quebrantados”, que no es cosa distinta que la aplicación del principio general del derecho relacionado con el “restablecimiento y reparación del derecho”, previsto igualmente en el artículo 250 numeral 1o de la Constitución Política como deber de la Fiscalía General de la Nación.

#### **7. De los Derechos que genera la comisión de un delito: 1) Derecho a la verdad; 2) Derecho a la justicia y; 3) Derecho a obtener reparación.**

El derecho de las víctimas o perjudicados con el ilícito penal a acudir al proceso penal, comprende tres (3) derechos importantes y que deben ser garantizados por igual dentro del respectivo proceso, a saber: a) Derecho a saber la verdad de los hechos; b) Derecho a la justicia y; c) Derecho a la reparación del daño.

Como quedó claramente establecido, dentro del proceso penal militar se garantiza única y exclusivamente el derecho a la verdad conocido también como derecho a saber, excluyendo los derechos a la justicia y a la reparación del daño, sin razón legal ni constitucionalmente atendible.

Cada vez que se comete un delito la víctima o perjudicado con el ilícito tienen derecho a conocer la verdad, a la justicia y a la reparación, como se ha dejado claramente establecido por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Informe Final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión y titulado: “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos”.

Se señala en dicho documento que la estructura general del conjunto de principios y sus fundamentos en relación con los derechos de las víctimas consideradas como sujetos de derechos, se concretan en:

- a) el derecho de las víctimas a saber;
- b) el derecho de las víctimas a la justicia; y
- c) el derecho a obtener reparación.

Añade que a estos derechos se agregan, con carácter preventivo, una serie de medidas para garantizar que no se repitan las violaciones.

El informe hace relación a cada uno de estos derechos, así:

##### “A. Derecho a saber

*17. No se trata sólo del derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad. El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el*

futuro las violaciones. Como contrapartida, al Estado le incumbe, el "deber de recordar", a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse. Tales son los principales objetivos del derecho a saber como derecho colectivo.

18. Con ese fin se proponen dos series de medidas. La primera corresponde a la creación, a la mayor brevedad, en principio, de comisiones extrajudiciales de investigación, pues salvo que se dediquen a impartir una justicia sumaria como ha ocurrido con demasiada frecuencia en la historia, los tribunales no pueden sancionar rápidamente a los verdugos y a sus secuaces. La finalidad de la segunda serie de medidas reside en preservar los archivos relacionados con las violaciones de los derechos humanos.

(...)

## B. Derecho a la justicia

### 1. Derecho a un recurso equitativo y efectivo

26. Implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso equitativo y efectivo, sobre todo para lograr que su opresor sea juzgado y obtener reparación. Conforme se indica en el preámbulo del Conjunto de principios, no existe reconciliación justa y duradera si no se satisface efectivamente la necesidad de justicia; el perdón, acto privado, supone, como condición de toda reconciliación, que la víctima conozca al autor de las violaciones y que éste haya tenido la posibilidad de manifestar su arrepentimiento: en efecto, para que pueda ser concedido el perdón, es menester que haya sido previamente solicitado.

27. El derecho a la justicia impone obligaciones al Estado: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si se establece su culpabilidad, hacer que sean sancionados. Aunque la iniciativa del enjuiciamiento incumbe ante todo al Estado, habrá que prever en normas procesales complementarias la posibilidad de que toda víctima pueda erigirse en parte civil en las actuaciones y, cuando las autoridades no cumplan con su deber, asumir personalmente esa iniciativa.

28. La competencia de los tribunales nacionales debería, por razones de principio, seguir siendo la norma, pues toda solución duradera implica que su origen esté en la propia nación. Pero con demasiada frecuencia ocurre, desgraciadamente, que los tribunales nacionales no están aún en condiciones de impartir una justicia imparcial o les resulte materialmente imposible desempeñar sus funciones. Entonces se plantea la difícil cuestión de la competencia de un tribunal internacional: ¿deberá tratarse de un tribunal especial del tipo de los que se crearon para las violaciones cometidas en la ex Yugoslavia o en Rwanda, o bien de un tribunal internacional permanente, como el proyecto que ha sido presentado recientemente a la Asamblea General de las Naciones Unidas? Sea cual fuere la solución que se adopte, las normas procesales deben responder a los criterios del derecho a un juicio imparcial. No cabe juzgar al que haya cometido violaciones si no respeta uno mismo los derechos humanos.

29. Por último, los tratados internacionales de derechos humanos deberían contener una cláusula de "competencia universal", que obligue a cada Estado Parte, bien a juzgar o bien a extraditar al autor de violaciones y es menester, además, que exista la voluntad política de aplicar dichas cláusulas. Se comprueba, por ejemplo, que las recogidas en los Convenios de Ginebra de 1949 relativos al derecho humanitario o en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura casi nunca han sido aplicadas.

### 2. Medidas restrictivas que se justifican por la lucha contra la impunidad

30. Cabe aplicar medidas restrictivas a ciertas normas de derecho, con miras a mejorar la lucha contra la impunidad. Se trata de evitar que esas normas sean utilizadas de forma que se conviertan en un incentivo a la impunidad, obstaculizando así el curso de la justicia. Fundamentalmente:

a) Prescripción (...)

b) Amnistía (...)

c) Derecho de asilo (...)

d) Extradición (...)

- e) *Procesos en rebeldía (...)*
- f) *Obediencia debida (...)*
- g) *Leyes sobre arrepentidos (...)*
- h) *Tribunales militares (...)*
- i) *Principio de inamovilidad de los jueces (...)*

### C. *Derecho a obtener reparación*

40. *El derecho a obtener reparación entraña medidas individuales y medidas de alcance general y colectivo.*

41. *A escala individual, las víctimas, ya se trate de víctimas directas o de familiares o personas a cargo, deberán disponer de un recurso efectivo. Los procedimientos aplicables serán objeto de la más amplia publicidad posible. El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima. De conformidad con el Conjunto de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, establecido por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/1996/17), este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes:*

a) *medidas de restitución (cuyo objetivo debe ser lograr que la víctima recupere la situación en la que se encontraba antes);*

b) *medidas de indemnización (que cubran los daños y perjuicios físicos y morales, así como la pérdida de oportunidades, los daños materiales, los ataques a la reputación y los gastos de asistencia jurídica); y*

c) *medidas de rehabilitación (atención médica y psicológica o psiquiátrica).*

42. *A nivel colectivo, las medidas de carácter simbólico, en concepto de reparación moral, como el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas, y las erecciones de monumentos facilitan el deber de recordar. En Francia, por ejemplo, ha habido que esperar más de 50 años para que el Jefe de Estado reconociera solemnemente en 1996 la responsabilidad del Estado francés en los crímenes cometidos contra los derechos humanos por el régimen de Vichy entre 1940 y 1944. Cabe citar igualmente las declaraciones de esa misma naturaleza formuladas por el Presidente del Brasil, Sr. Cardoso, respecto de las violaciones cometidas en el país bajo la dictadura militar. Merece destacarse especialmente la iniciativa del Gobierno español, que acaba de reconocer la calidad de ex combatientes a los antifascistas y miembros de las brigadas internacionales que, durante la guerra civil, lucharon en el campo republicano”.*

Así mismo en el Anexo 1 del mismo Informe se enuncian y desarrollan una serie de principios para la “PROTECCION Y LA PROMOCION DE LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD” que se refieren a cada uno de los derechos de las víctimas del delito, y en los que tienen que ver con el “derecho a obtener reparación” se expresa:

### “III. *DERECHO A OBTENER REPARACIÓN*

#### A. *Principios generales*

##### *Principio 33 - Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar*

*Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor.*

##### *Principio 34 - Procedimientos de recurso en solicitud de reparación*

*Tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz, que incluirá las*

*restricciones que a la prescripción impone el principio 24; en el ejercicio de dicho recurso, debe beneficiarse de una protección contra actos de intimidación y represalias.*

*El ejercicio del derecho a obtener reparación comprende el acceso a los procedimientos internacionales aplicables.*

*(...)*

*Principio 36 - Ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación*

*El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de satisfacción de alcance general, como las previstas en el Conjunto de principios y directrices fundamentales sobre el derecho a obtener reparación (véase el párrafo 41 supra).*

*En los casos de desapariciones forzadas, una vez aclarada la suerte de la persona desaparecida, su familia tiene el derecho imprescriptible a ser informada y, en caso de fallecimiento, se le debe restituir el cuerpo en cuanto se identifique, independientemente de que se haya establecido o no la identidad de los autores y se los haya o no encausado y juzgado”.*

Finalmente, se concluye por esta Sala que las normas demandadas y objeto del presente análisis en algunas de sus expresiones, desnaturalizan y le restan efectividad y eficacia a la institución jurídica denominada “parte civil” como sujeto procesal dentro del proceso penal militar, contrariando los fines previstos en el artículo 2º de la Carta y, vulnerando efectivamente los derechos a acceder a la administración de justicia y a obtener el restablecimiento del derecho y reparación del daño, contenidos en los artículos 229 y 250 de la Constitución Política.

Por lo tanto, declarará exequibles el inciso 3o del artículo 108 excepto la expresión “*En ningún caso*”, y el artículo 107 del Código Penal Militar, excepto la expresión “*la cual se ejercerá a través de las acciones contencioso-administrativas de conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo o las normas que lo modifiquen o complementen*”.

En relación con la expresión “podrá” contenida en el inciso 3º del artículo 108 debe precisar la Sala que no se puede tomar como potestativa, puesto que constituida en parte civil la víctima o perjudicado con el delito y demostrada la responsabilidad penal el juez condenará al pago de perjuicios al miembro de la Fuerza Pública, siempre que se den todos los elementos necesarios para que proceda la condena.

En cuanto al artículo 305, se declarará exequible bajo el entendido de que puede buscar otros fines como la justicia, el efectivo acceso a ella y la reparación del daño, excepto la expresión “*exclusivo el impulso procesal para*”.

## **VII. DECISION**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 107 de la Ley 522 de 1999, salvo la expresión “*la cual se ejercerá a través de las acciones contencioso-administrativas de conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo o las normas que lo modifiquen o complementen*”, que se declara **INEXEQUIBLE**.

**SEGUNDO.-** Declarar **EXEQUIBLE** el inciso 3o. del artículo 108 de la Ley 522 de 1999, salvo la expresión “*En ningún caso*” que se declara **INEXEQUIBLE**.

**TERCERO.-** Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 305 de la Ley 522 de 1999 bajo el entendido de que puede buscar otros fines como la justicia, el efectivo acceso a ella y la reparación del daño, salvo la expresión “*exclusivo el impulso procesal para*”, que se declara **INEXEQUIBLE**.

Cópiese, publíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta Constitucional y archívese el expediente.

ALFREDO BELTRAN SIERRA  
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA  
Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA  
Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO  
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL  
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA  
Magistrado

LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT  
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS  
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ  
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO  
Secretaria General

## Salvamento de voto a la Sentencia C-1149/01

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Elementos (Salvamento de voto)**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURIDICO- Alcance (Salvamento de voto)**

*La noción de daño va más allá de la existencia de un perjuicio o menoscabo en el patrimonio de la víctima, y para que surja la obligación de resarcimiento en cabeza del Estado, es necesario que el ordenamiento jurídico no le haya impuesto a la víctima la obligación de resistirlo.*

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Elemento de imputabilidad (Salvamento de voto)**

*Un segundo elemento para que se configure la responsabilidad del Estado, es el de la imputabilidad, entendida como la posibilidad de establecer una relación de causalidad entre el agente y el daño causado.*

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Nuevo régimen (Salvamento de voto)**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Independencia del comportamiento del servidor público (Salvamento de voto)**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Situación preferente en el Estado y no en el funcionario (Salvamento de voto)**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Protección de intereses funcionarios de la víctima (Salvamento de voto)**

**JUSTICIA PENAL MILITAR-Competencia extendida a la reparación del daño no es imperativo constitucional/ACCION CIVIL EN PROCESO PENAL-Opción (Salvamento de voto)**

*Dentro del preciso ámbito en el que se desenvuelve la labor de la Justicia Penal Militar, cabe el entendimiento conforme al cual la competencia que se asigna para el conocimiento del delito, puede extenderse tanto al establecimiento de la responsabilidad penal, como a la decisión sobre la reparación del daño. Sin embargo, ello no es un imperativo constitucional, al punto que, por ejemplo, en la legislación penal ordinaria, la acción civil es una opción dentro del proceso penal, que depende de la voluntad de la víctima.*

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MATERIA PENAL MILITAR-Sujetos llamados a la reparación del daño (Salvamento de voto)**

*Tratándose de delitos cometidos por agentes del Estado, y en este caso en particular, por miembros de la fuerza pública, hay dos sujetos de los cuales se predica la responsabilidad y que pueden ser llamados a la reparación del daño: el miembro de la fuerza pública que sea hallado culpable y el Estado.*

**JUSTICIA PENAL MILITAR-Incompetencia para conocer procesos de responsabilidad contra el Estado/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Incompetencia para conocer los jueces penales militares (Salvamento de voto)**

*No cabe dentro del ámbito de las competencias especiales que conforme a la Constitución pueden asignarse a los jueces penales militares, la de adelantar procesos de responsabilidad contra el Estado, derivados de la acción o la omisión de sus agentes. Para ello la propia Constitución ha establecido una jurisdicción especializada. No es admisible dentro de nuestro ordenamiento constitucional que unos jueces penales militares cuya competencia deriva de su condición de militares y en razón de acciones u omisiones de miembros de la fuerza pública en ejercicio de sus funciones, extiendan su competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial del Estado.*

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Competencia para delitos de miembros de fuerza pública (Salvamento de voto)**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-No escisión de proceso (Salvamento de voto)**

*No resulta admisible es que el proceso sobre la responsabilidad derivada de una acción u omisión*

*de un agente del Estado se escinda, para que se decida en un proceso la responsabilidad del agente y en otro, distinto y autónomo, la responsabilidad del Estado.*

**PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL**-Exclusión de vías procesales (Salvamento de voto)

**PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL MILITAR**-Impulso procesal (Salvamento de voto)

**ACCION INDEMNIZATORIA EN MATERIA PENAL MILITAR**-Remisión imperativa a las acciones contencioso administrativas (Salvamento de voto)

Magistrado Ponente:  
Jaime Araujo Rentería

Expediente: D-3524. Demanda de  
inconstitucionalidad contra los artículos 107, 108  
inciso 3º y 305 parcial de la Ley 522 de 1999.

Con el acostumbrado respeto, nos apartamos de la posición mayoritaria de la Corte en la presente Sentencia, por cuanto consideramos que las disposiciones acusadas debieron ser declaradas exequibles, en la medida en que de ellas se derivaba un sistema de protección para las víctimas de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública, que resultaba más acorde con el ordenamiento constitucional y era más garantista que el que como consecuencia del fallo habrá de aplicarse hacia el futuro, tal como pasa a establecerse.

La Sentencia de la que discrepamos parte de la consideración de que las normas acusadas tienen un alcance restrictivo de los derechos de las víctimas de la ofensa penal y que las restricciones que imponen no resultan razonables o justificadas y desconocen, por consiguiente, los derechos de acceso a la justicia y a obtener una reparación del daño resultante del delito.

Los Magistrados que salvamos el voto estimamos, por el contrario, que las previsiones que sobre la materia contenía el Código Penal Militar, no imponían restricciones a las víctimas y, no sólo no se oponían a un criterio de lo razonable, sino que establecían un sistema que armonizaba plenamente los cometidos propios de las jurisdicciones penal militar y contencioso administrativa, con el propósito de brindar plena protección a la víctima en su derecho a obtener tanto la sanción del responsable como la reparación de los perjuicios que se le hubiesen causado.

En efecto, sólo una lectura aislada y desarticulada de los textos puede llevar a la conclusión de que, como se afirma en la Sentencia, el alcance de las normas acusadas sea el de proteger a los miembros de la fuerza pública, en detrimento de la víctima o sujeto pasivo del delito. Si las normas del Código Penal Militar se examinan en su conjunto y en armonía con las disposiciones constitucionales y legales que regulan la jurisdicción penal militar, la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado, se habría advertido que dentro de esa concepción sistemática, su sentido no era otro que el de proteger de la mejor manera posible los intereses de la víctima.

En la Sentencia se plantea que las disposiciones acusadas limitaban o restringían el derecho de las víctimas a elegir entre ejercer la acción civil dentro del proceso penal o hacerlo por fuera de éste, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No sobra advertir, en primer lugar, que esa posibilidad de opción no es un derecho en si mismo, de cuyo desconocimiento se pueda predicar que configura una violación de la Carta Fundamental. Si bien es cierto que en la justicia penal ordinaria se plantea la posibilidad de ejercer la acción civil dentro del proceso penal o ante los jueces civiles, no es menos cierto que cuando se trata de la responsabilidad patrimonial derivada de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública, surgen elementos diferenciadores que explican, tal como se expresa en la propia Sentencia, un trato diferente. En particular cabe destacar que mientras que en el proceso penal ordinario la acción civil busca, siempre, obtener la reparación del daño por parte del ofensor, supuesta su responsabilidad penal, tratándose de delitos cometidos por miembros de la fuerza pública la reparación del daño puede estar o a cargo del ofensor o a cargo del Estado, independientemente, en éste último caso, de la responsabilidad penal del agente. Esta primera consideración bastaría para concluir que no puede esgrimirse, sin más, la existencia de un derecho a elegir, cuya limitación, *per se*, resultase en una violación de la Constitución.

Sin embargo, más allá de la anterior consideración teórica, lo cierto es que, en la práctica, no existe una opción real para la víctima, en la medida en que la Justicia Penal Militar sólo puede ofrecer una precaria respuesta en materia de reparación del daño, si ella se compara con la plena protección que en Colombia brinda el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, fruto en

un principio, de la prolongada labor jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, y, plasmado luego de manera categórica en la Constitución.

Así, no cabe pensar en que, racionalmente, alguien prefiera, para obtener la reparación del daño producto de un delito cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, dirigir su acción contra el agente, cuando puede dirigirla contra el Estado, sin que por ello se excluya la responsabilidad patrimonial del agente.

En efecto, mientras que en el proceso penal, a la reparación del daño resultaría condenado el agente, para lo cual, en primer lugar, sería necesario acreditar su responsabilidad penal y, luego, la efectiva reparación estaría supedita a la solvencia del ofensor, en el proceso contencioso administrativo, bastaría con acreditar el daño, su carácter antijurídico y la relación de imputabilidad objetiva, para que el Estado tuviese que repararlo en su totalidad, sin que para ello fuese necesario acreditar la culpa del agente, sin que para la víctima sea relevante la capacidad de éste para hacer efectiva la reparación, y sin que, finalmente, el responsable escapase a las consecuencias patrimoniales del delito.

Por lo anterior extraña que en la Sentencia se afirme que constituye una limitación al acceso a la justicia y al derecho a obtener la reparación del daño que las disposiciones acusadas dispusiesen que la reparación debía buscarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por el contrario el sistema al que remitían las disposiciones acusadas, responde a los más avanzados conceptos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado y de protección de las víctimas de los daños que puedan resultar de la acción o la omisión de las autoridades públicas, tal como pasa a establecerse a continuación.

### **Responsabilidad patrimonial del Estado**

En Colombia la responsabilidad patrimonial del Estado había tenido un desarrollo de carácter eminentemente jurisprudencial, en la medida en que la Corte Suprema de Justicia en primera instancia, y el Consejo de Estado posteriormente, construyeron una doctrina sobre el particular, a partir, fundamentalmente, de las disposiciones del Código Civil.

Después de importantes avances en materia de la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa y la noción de la falla en el servicio, la jurisprudencia evolucionó a partir de categorías de derecho público, pasando de la concepción esencialmente civilista de la culpa, a la aplicación concreta de la teoría administrativista de la falta o falla en el servicio público.

Como culminación de ese proceso jurisprudencial, la Constitución de 1991, en su artículo 90, configura un sistema de responsabilidad que se encuentra cimentado sobre la existencia de dos elementos fundamentales: (i) la presencia de un daño antijurídico, y (ii) que dicho daño sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Así, este esquema de responsabilidad se fundamenta en el principio de protección del patrimonio de los ciudadanos, ya que su elemento central no es la culpabilidad del causante material del daño, sino que se centra en el daño sufrido injustamente por el sujeto pasivo, y que de acuerdo con el ordenamiento jurídico, debe ser reparado. Esta sistema otorga mayor autonomía a la responsabilidad del Estado frente al régimen de la responsabilidad de los particulares ya que la misma “... se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico”<sup>3</sup>.

A continuación es preciso analizar cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad del Estado.

El concepto de daño antijurídico, noción tomada del derecho español, ha sido entendido como “*la lesión de un interés jurídico, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está obligada a resistir*”. Este concepto es invariable, ya se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, puesto que, como lo ha señalado el Consejo de Estado, “[l]a diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal”.<sup>4</sup> Como se observa, la noción de daño va más allá de la existencia de un perjuicio o menoscabo en el patrimonio de la víctima, y para que surja la obligación de resarcimiento en cabeza del Estado, es necesario que el ordenamiento jurídico no le haya impuesto a la víctima la obligación de resistirlo.

Un segundo elemento para que se configure la responsabilidad del Estado, es el de la imputabilidad, entendida como la posibilidad de establecer una relación de causalidad entre el

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sentencia 11 de noviembre de 1999. Consejero Ponente Alier Hernández.

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sentencia Mayo 8 de 1995. Consejero Ponente Juan de Dios Montes

agente y el daño causado. En relación con la responsabilidad del Estado, el daño antijurídico deberá haber sido producido por una acción u omisión de las autoridades públicas.

Esta nueva concepción del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado guarda perfecta concordancia con la consagración de nuestro Estado como Social de Derecho, ya que si éste es el guardián de los derechos y garantías de los ciudadanos, se encuentra en la obligación de reparar los daños ocasionados por su actuar, y que la víctima no estaba obligada a soportar. Así, a través de este esquema se garantizan plenamente los principios de igualdad y de solidaridad, pilares del estado democrático. El nuevo régimen de la responsabilidad del Estado previsto en el artículo 90 de la Carta debe interpretarse en concordancia con las disposiciones constitucionales que imponen a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, honra y bienes (art. 2°); establecen la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas (art. 13) y la de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (arts. 58 y 83).

Cabe destacar cómo, desde mucho antes de la expedición del nuevo orden constitucional, se consideraba que la responsabilidad patrimonial del Estado podía surgir con independencia del comportamiento doloso o culposo del servidor público y que hoy es claro que ella se estructura, fundamentalmente *“... en torno a la posición jurídica de la víctima, quien ve lesionado su interés jurídico como consecuencia de las actuaciones de las autoridades públicas, independientemente que éstas fueran legítimas o ilegítimas, normales o anormales, regulares o irregulares”* <sup>5</sup>.

Tal concepción en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado es perfectamente congruente con las modernas concepciones sobre los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por los agentes públicos. Así, por ejemplo, en la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder” que se produjo como resultado del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán Italia en 1985 y aprobada mediante Resolución 40/34, se expresa que *“... las víctimas ... tendrán derecho al acceso a los mecanismos de justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”*. Agrega la Declaración que *“Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados.”*<sup>6</sup>

En esta concepción la reparación del daño, la reintegración del patrimonio de la víctima, tiene un lugar central y, por consiguiente, la responsabilidad se sitúa de manera preferente en el propio Estado, no en el funcionario.

En el caso que es objeto de este salvamento y desde esta perspectiva, se trataba de dilucidar cual es la manera como mejor se protegen los intereses de la víctima en aras a su resarcimiento patrimonial, y más concretamente, si el sistema que había previsto el Código Penal Militar para el efecto resultaba compatible con los principios constitucionales.

Como quiera que por virtud de lo dispuesto en la Constitución, de los delitos cometidos por los miembros de las fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conoce la justicia penal militar, se impone examinar, en primer lugar, los alcances de tal jurisdicción y su capacidad para ofrecer satisfacción a la víctima en el aspecto patrimonial.

### **La Justicia Penal Militar**

De acuerdo con el artículo 221 de la Constitución, a la Justicia Penal Militar le corresponde conocer de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. La Corte ha sido celosa en señalar que no obstante la existencia de un fuero constitucional, cuya importancia no se desconoce, los alcances del mismo tienen que interpretarse en sentido restrictivo, a favor de la justicia ordinaria.

Dentro del preciso ámbito en el que se desenvuelve la labor de la Justicia Penal Militar, cabe el entendimiento conforme al cual la competencia que se asigna para el conocimiento del delito, puede extenderse tanto al establecimiento de la responsabilidad penal, como a la decisión sobre la reparación del daño. En ese sentido discurre la Sentencia de la que disentimos, a partir de la consideración de que la comisión de un delito genera los derechos a conocer la verdad, a la justicia y a la reparación. Sin embargo, y aquí reside la razón de nuestra discrepancia, ello no es un imperativo constitucional, al punto que, por ejemplo, en la legislación penal ordinaria, la acción

---

<sup>5</sup> Sentencia C-832 de 2001.

<sup>6</sup> El texto de la Resolución se transcribe en: Marisol Palacio, Contribuciones de la Victimología al Sistema Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001.

civil es una opción dentro del proceso penal, que depende de la voluntad de la víctima. El proceso penal puede cumplir a cabalidad su finalidad, sin que, como requisito para el efecto, el juez deba pronunciarse sobre la responsabilidad civil. Lo importante, en un contexto que trasciende la dimensión exclusivamente penal, es que exista para la víctima la posibilidad de obtener la reparación del daño sufrido, pero queda dentro del ámbito de configuración del legislador la regulación de las vías procesales para hacerlo.

Si frente al daño derivado de un hecho punible el ofensor fuese el único susceptible de condenarse a la reparación de los perjuicios, probablemente, por economía procesal, resultaría recomendable que se consagrara la posibilidad de que la acción civil se tramite dentro del proceso penal, e incluso podría pensarse que excluir tal posibilidad comportaría la imposición de una carga injustificada para la víctima, al exigirle acudir a un proceso distinto.

Sin embargo, tratándose de delitos cometidos por agentes del Estado, y en este caso en particular, por miembros de la fuerza pública, hay dos sujetos de los cuales se predica la responsabilidad y que pueden ser llamados a la reparación del daño: el miembro de la fuerza pública que sea hallado culpable y el Estado.

En principio, resultaría admisible que el legislador dispusiera que el juez penal militar tiene competencia tanto para establecer la responsabilidad penal y fijar la pena, como para resolver en torno a la reparación del daño. Sin embargo, tal eventualidad puede resultar incompatible con la posibilidad de obtener una reparación a cargo del Estado, circunstancia que exigiría una ponderación de las alternativas procesales, en función de los mejores intereses de la víctima.

Para el efecto debe tenerse en cuenta que no cabe dentro del ámbito de las competencias especiales que conforme a la Constitución pueden asignarse a los jueces penales militares, la de adelantar procesos de responsabilidad contra el Estado, derivados de la acción o la omisión de sus agentes. Para ello la propia Constitución ha establecido una jurisdicción especializada. No es admisible dentro de nuestro ordenamiento constitucional que unos jueces penales militares cuya competencia deriva de su condición de militares y en razón de acciones u omisiones de miembros de la fuerza pública en ejercicio de sus funciones, extiendan su competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial del Estado.

Es interesante observar, tal como lo hace el actor, que hasta antes de la expedición de la Ley 522 de 1999, no estaba prevista la posibilidad de que la víctima se constituyese en parte civil dentro del proceso penal militar. Tal situación puede explicarse porque, dado que, por un lado, tal como se expresa en la Sentencia, el entendimiento tradicional del concepto de parte civil lo asocia con la reparación de los perjuicios, y en la medida en que, por otro, tal reparación, de ordinario, se pretende obtener del Estado, resultaba inconducente la consagración de la parte civil en el proceso penal, puesto que los jueces penales militares sólo podían condenar patrimonialmente al agente, pero no al Estado.

El Código Penal Militar contenía una innovación en esta materia, a partir de la consideración de que, si bien el propósito de la parte civil dentro del proceso penal ordinario es de naturaleza esencialmente indemnizatorio, no es menos cierto que su intervención en el proceso constituye una oportunidad para la víctima, de contribuir, desde su perspectiva de sujeto afectado, al impulso del mismo y a la búsqueda de la verdad. Y que tal intervención, al margen del contenido patrimonial que pueda tener, comporta una muy importante significación desde el punto de vista de la compensación que para la víctima se deriva del esclarecimiento de los hechos y de la sanción de los responsables.

Por eso, con perfecta coherencia, la ley disponía que para obtener la reparación patrimonial, la víctima debía acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, única sede en la cual podría obtener, tanto la condena al Estado, a partir, solamente, de los presupuestos del daño antijurídico e imputabilidad por la acción o la omisión, como la del funcionario, en el evento en que se estableciese su responsabilidad. Agregaba la ley que, como una garantía adicional, la víctima podía constituirse como parte civil, con el objeto de impulsar el proceso y buscar la verdad. Para evitar que el ejercicio de tal derecho tuviese consecuencias adversas para la víctima, excluía expresamente la posibilidad de que el asunto de la responsabilidad patrimonial se ventilase en el proceso penal, para dejar a salvo la vía contencioso administrativa, que brinda mejores garantías y una más segura indemnización.

Como quiera que los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, entrañan, siempre, una responsabilidad patrimonial del Estado, las normas acusadas disponían, con muy buen sentido, que tal asunto debía tramitarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, única capaz de poner en acto toda la dimensión protectora del régimen constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado.

## **La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**

No obstante que la Constitución no consagra de manera expresa, cual es el ámbito de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, la misma tiene una dimensión constitucional cuyo contenido se determina a partir de los antecedentes de esta jurisdicción y de su configuración legislativa.

Dentro de los cometidos propios de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra el que toca con la responsabilidad patrimonial del Estado prevista en el artículo 90 de la Carta.

Conforme al citado precepto constitucional, “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.” Distingue así mismo la Constitución, entre la responsabilidad que le cabe al Estado y la que puede corresponderle al funcionario.

En desarrollo de los anteriores mandatos, el Código Contencioso Administrativo dispone que los perjudicados por una acción o una omisión de un funcionario público podrán optar por demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al Estado, al funcionario o a ambos. Agrega el artículo 78 del Código, que cuando la demanda se dirija contra la entidad o contra ambos, y se encuentra que el funcionario debe responder, *“la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad, la cual deberá luego repetir contra el funcionario.”* Por el contrario, de la citada disposición se desprende que cuando la demanda se dirige contra el funcionario, solo éste puede ser condenado a resarcir el daño.

La ley brinda una opción a los perjudicados, pero si éstos se deciden por demandar exclusivamente al funcionario, sólo a cargo de éste estará la reparación, sin que sea dable pretender después que a tal reparación concurra la entidad en la que presta o prestaba sus servicios.

Por el contrario, cuando se demanda exclusivamente a la Entidad, el funcionario siempre estará llamado a responder en el evento en que ello proceda, bien sea porque es llamado en garantía para que concurra al proceso, o porque de resultar condenada, la Administración estaría en el deber de repetir lo pagado contra el funcionario, cuando la condena sea consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa.

Finalmente, la víctima tiene la opción, a la cual puede acudir por varias razones, entre las cuales se cuentan el interés en preservar la moralidad administrativa o, en el evento de los delitos, de obtener una satisfacción a cargo del ofensor, de demandar tanto a la entidad como al funcionario.

Lo que no resulta admisible es que el proceso sobre la responsabilidad derivada de una acción u omisión de un agente del Estado se escinda, para que se decida en un proceso la responsabilidad del agente y en otro, distinto y autónomo, la responsabilidad del Estado.

Si conforme a la ley fuese posible solicitar, por ejemplo, ante la jurisdicción penal, que se haga efectiva la responsabilidad patrimonial del funcionario, no resultaría admisible que de manera simultánea se plantease ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la responsabilidad patrimonial del Estado. Y si, en tal evento, resulta condenado el funcionario, se cerraría de manera definitiva la posibilidad de demandar al Estado.

En materia penal, la exclusión de las vías procesales está claramente prevista en relación con la parte civil dentro del proceso penal ordinario. Así, conforme al artículo 48 del Código de Procedimiento Penal, *“[l]a demanda de constitución de parte civil deberá contener: (...) La manifestación, bajo la gravedad de juramento, que se entiende prestado con la presentación de la demanda, de no haber promovido proceso ante la jurisdicción civil, encaminado a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta punible”.*

### **El análisis del caso concreto**

Las normas acusadas disponían, dentro de una concepción sistemática, que la reparación de los daños derivados del delito cometido por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en razón del mismo servicio sólo podía obtenerse a través de las acciones contencioso administrativas. Sin embargo, de manera innovadora, para preservar el derecho de las víctimas de intervenir en el proceso penal, consagraba la posibilidad de que se constituyesen en parte civil, pero con el propósito exclusivo de impulsar el proceso para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos.

La Corte, en el fallo que criticamos, en primer lugar, excluye del ordenamiento la remisión imperativa a las acciones contencioso administrativas. Ello, con el propósito manifiesto, de preservar un derecho de la víctima a elegir entre la jurisdicción contencioso administrativa o ejercer la acción civil dentro del proceso penal.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la Corte en una decisión claramente manipulativa, suprime algunas expresiones del inciso tercero del artículo 108 acusado, para hacerle decir exactamente lo contrario de lo que el legislador había expresado. Esto es, donde el legislador dijo los jueces penales no pueden condenar al pago de perjuicios al miembro de la fuerza pública, la Corte le hizo decir que si pueden hacerlo, con el agravante de que, conforme a la parte considerativa del fallo, la expresión “podrá” que está en la norma, tiene alcance imperativo, esto es, el juez penal militar debe condenar al pago de perjuicios, siempre que, habiéndose constituido la parte civil, se haya acreditado la responsabilidad del agente. Resulta preocupante, por otro lado, que la Corte acuda a este tipo de sentencias manipulativas, para ampliar, en materia tan delicada y que conforme a la propia jurisprudencia constitucional debe interpretarse con criterio restrictivo, la competencia de los jueces penales militares, cuya fijación corresponde, dentro de los precisos parámetros constitucionales, a la ley. La Corte en la decisión que criticamos, amplió la competencia de los jueces penales, para que se ocupen de materias para las cuales no la tenían conforme a la ley. Para hacerlo se basó en la necesidad de amparar los derechos de las víctimas, lo cual, como se ha visto no se obtiene con la decisión.

Finalmente, la Corte elimina la especial caracterización que para el proceso penal militar, la ley le había dado a la parte civil, para permitir que, en adelante, la misma verse sobre la indemnización de perjuicios.

Como consecuencia de la intervención de la Corte, hacia el futuro, la constitución de parte civil dentro del proceso penal militar comporta, ineludiblemente, la obligación del juez penal militar de pronunciarse sobre la indemnización de perjuicios a cargo del miembro de la fuerza pública que sea hallado responsable.

Frente al armónico sistema que consagraba la ley y que se ha descrito en este salvamento, el que resulta de la decisión de la Corte, conlleva las siguientes desventajas, de manera tal que una ponderación a la luz de los valores y principios constitucionales, podría llevar a la conclusión que si de los dos sistemas, -el que contemplaba la ley, y el que se deriva de la intervención de la Corte-, uno es contrario a la Constitución, ese sería este último, por estar en contravía con los principios constitucionales de los que se deriva la necesidad de brindar plena protección a la víctima, tanto en su pretensión de esclarecer la verdad y obtener el castigo del culpable, como de obtener la reparación de los perjuicios:

- Tal como queda la norma después de la intervención de la Corte, si la víctima se constituye en parte civil dentro del proceso penal militar, no puede demandar al Estado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
- Si en el proceso penal se condena al agente, la víctima no puede demandar después al Estado. Ante el evento de la insolvencia del agente, la víctima vería frustrada su pretensión reparatoria.
- Si, por el contrario, en el proceso penal es absuelto el agente, muy posiblemente, para entonces, ya habrá operado la caducidad de la acción contencioso administrativa.
- Mientras que en el proceso contencioso administrativo basta con acreditar el daño antijurídico y la relación de causalidad objetiva, en el proceso penal la víctima enfrenta la dificultad de que la condena patrimonial solo puede ser consecuencia de la responsabilidad penal, y la culpa y el dolo que la configuran son con frecuencia muy difíciles de establecer procesalmente.
- Adicionalmente, hay eventos en los cuales, no obstante que no habría o no se podría establecer la responsabilidad del agente, si estaría llamado a responder el Estado en un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa. Tales serían, por ejemplo los casos de daño anónimo, en el cual no obstante estar acreditado el daño, su carácter antijurídico y su atribución, de modo genérico a agentes del Estado, no sea posible individualizar la responsabilidad. En ese caso no habría responsabilidad penal y tampoco condena patrimonial en el proceso penal, pero sí cabría la responsabilidad patrimonial del Estado. La misma dificultad se presenta frente al daño antijurídico derivado de la actividad legítima de las autoridades.

Las anteriores consideraciones permiten, en nuestro concepto, apreciar con nitidez las razones por las cuales el sistema del Código Penal Militar implicaba mayores garantías para la víctima que el que surge como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de algunos partes de las disposiciones acusadas.

Finalmente, puede observarse que, con el propósito loable de preservar el derecho de elegir de

la víctima, la Sentencia la pone ante un verdadero dilema:

- O se constituye en parte civil dentro del proceso penal, lo que le permitiría impulsar el proceso para esclarecer la verdad, obtener la sanción de los culpables y la reparación de los perjuicios a cargo del ofensor, pero le cierra la posibilidad de obtener la reparación del daño por cuenta del Estado, a través de las acciones contencioso administrativas,

- O, para mantener a salvo su posibilidad de exigir la reparación de los perjuicios por parte del Estado, se abstiene de constituirse en parte civil dentro del proceso penal militar, y pierde, por consiguiente la posibilidad de intervenir para impulsar el proceso en aras a contribuir en la búsqueda de la verdad de los hechos, que el Código Penal Militar le había brindado.

Por las anteriores consideraciones, estimamos que las disposiciones acusadas debieron haber sido declaradas exequibles. Ello habría sido más consecuente con toda la argumentación que hace la Sentencia y que en lo relevante compartimos, sobre la necesidad de brindar una plena protección a los derechos de la víctima.

Fecha *ut supra*.

RODRIGO ESCOBAR GIL  
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA  
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS  
Magistrado