



Vacíos jurídicos en la defensa de los miembros de las
FF.MM

Hernan Leonardo Becerra Barrera
Carlos Eduardo Lequizamón Díaz
Henry Mauricio Lopez Cano
Ruben Dario Ochoa Guerrero

Trabajo de grado para optar al título profesional:
Curso de Estado Mayor (CEM)

Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto"
Bogotá D.C., Colombia

2012

55.133
124

**FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA
ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA**

El presente documento corresponde exclusivamente al pensamiento de los autores y no representa la posición oficial de la Escuela Superior de Guerra, de las Fuerzas Militares de Colombia ni del Estado colombiano.



TRABAJO DE GRADO

VACÍOS JURÍDICOS EN LA DEFENSA DE LOS MIEMBROS DE LAS FF.MM.

**MY. EJC. HERNAN LEONARDO BECERRA BARRERA
MY. EJC. CARLOS EDUARDO LEGUIZAMÓN DÍAZ
MY. EJC. HENRYMAURICIO LOPEZ CANO
MY. EJC. RUBEN DARIO OCHOA GUERRERO**

Curso CEM-12

**Bogotá DC.
13 de Septiembre de 2012**

RESPONSABILIDAD DEL AUTOR

El contenido de este documento corresponde exclusivamente al pensamiento de los autores y es de su absoluta responsabilidad. Las posturas y aseveraciones aquí presentadas son resultado de un ejercicio académico que no representa la posición oficial, ni institucional de la Escuela Superior de Guerra, de las Fuerzas Militares o del Estado colombiano.

| | |
|---|----|
| 1. IDENTIFICACIÓN | 7 |
| 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 10 |
| 3. MARCO CONCEPTUAL | 14 |
| 4. MARCO JURÍDICO | 37 |
| 5. MARCO INSTITUCIONAL | 19 |
| 6. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DEL DEBIDO PROCESO | 20 |
| 6.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE CONSAGRAN EL DEBIDO PROCESO | 26 |
| 6.2. EL DEBIDO PROCESO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA | 28 |
| 6.2.1. Elementos del debido proceso en Colombia | 34 |
| 6.2.1.1. Principio de igualdad | 35 |
| 6.2.1.2. Principio de igualdad | 35 |
| 6.2.1.3. Principio de favorabilidad | 36 |
| 6.2.1.4. Principio de Presunción de inocencia | 37 |
| 6.2.1.5. Principio de Celeridad | 38 |
| 6.2.1.6. Principio de publicidad | 39 |
| 6.2.1.7. Prohibición de autoincriminación | 42 |
| 7. JUSTICIA PENAL MILITAR: APLICACIÓN Y PROBLEMÁTICA | 42 |
| 7.1. UNIÓN DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR | 43 |
| 7.2. JUSTICIA PENAL MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN | 45 |
| 7.3. FUERO PENAL MILITAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO | 49 |

| CONTENIDO | | Pág. |
|--|--|------|
| 7.3.1. Elementos del fuero penal militar | | 69 |
| 7.4. FUERO DISCIPLINARIO | | 80 |
| INTRODUCCIÓN | | 70 |
| 1. JUSTIFICACIÓN | | 7 |
| 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | | 10 |
| 3. MARCO HISTÓRICO | | 14 |
| 4. MARCO JURÍDICO | | 17 |
| 5. MARCO INSTITUCIONAL | | 19 |
| 6. NOCIÓN HISTÓRICA DEL DEBIDO PROCESO | | 20 |
| 6.1. NORMAS INTERNACIONALES QUE CONSAGRAN EL DEBIDO PROCESO | | 25 |
| 6.2. EL DEBIDO PROCESO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA | | 29 |
| 6.2.1 Elementos del debido proceso en Colombia | | 34 |
| 6.2.1.1. Principio de Legalidad | | 35 |
| 6.2.1.2. Juez Natural | | 35 |
| 6.2.1.3. Principio de Favorabilidad | | 36 |
| 6.2.1.4. Principio de Presunción de Inocencia | | 37 |
| 6.2.1.5. Derecho de Defensa | | 38 |
| 6.2.1.6. Principio de Celeridad | | 39 |
| 6.2.1.7. Prohibición doble incriminación | | 42 |
| 7. JUSTICIA PENAL MILITAR: APLICACIÓN Y PROBLEMÁTICA | | 42 |
| 7.1. ORIGEN DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR | | 43 |
| 7.2. JUSTICIA PENAL MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN | | 45 |
| 7.3. EL FUERO PENAL MILITAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO | | 49 |

| | |
|--|-----|
| 7.3.1. Elementos del fuero penal militar: línea jurisprudencial | 59 |
| 7.4. FUERO DISCIPLINARIO | 65 |
| | |
| 8. REFORMAS A LA JUSTICIA PENAL MILITAR Y AL FUERO PENAL MILITAR | 70 |
| 8.1. SISTEMA ACUSATORIO EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR | 70 |
| 8.1.1. Sistema Penitenciario Castrense | 72 |
| 8.2. PROYECTO DE REFORMA A LA JUSTICIA PENAL MILITAR | 73 |
| 8.2.1. Creación de un Tribunal de Garantías Penales | 75 |
| 8.2.2. Fijación y parámetros para determinar la competencia de la jurisdicción penal Militar y la jurisdicción ordinaria | 77 |
| 8.2.3. Armonización de los preceptos del Derecho Internacional Humanitario como Regla de interpretación para los procesos penales en contra de los miembros de las Fuerzas Militares | 84 |
| 8.2.4. Creación de una comisión mixta para determinar competencias | 88 |
| 8.2.5. Creación y otorgamiento de facultades de policía judicial a un cuerpo de la Jurisdicción Penal Militar | 90 |
| 8.2.6. Establecimiento de condiciones para garantizar la autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar | 94 |
| 8.2.7. Creación de un fondo que tenga como destinación específica la financiación de la defensa técnica especializada de los miembros de la Fuerza Pública | 95 |
| 8.2.8. Fuero Carcelario | 98 |
| | |
| 9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 100 |

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Se trata de un artículo de recopilación y análisis de la legislación que se aplica para el caso de investigaciones que se adelantan en contra de miembros de las Fuerzas Militares por hechos resultantes del desarrollo de operaciones militares; en tal sentido, dentro del presente trabajo se realizó un recorrido por la normatividad de carácter nacional e internacional que ha sido positivizada, entiéndase, llevada a normas escritas, además de la jurisprudencia que se ha expedido sobre el tema y sobre todo sobre la real aplicación de estos preceptos en dichos procesos. Así mismo, dentro del desarrollo de la investigación, se analizó el concepto de fuero penal militar, sus elementos y los casos en que aplica de acuerdo a la ley y la jurisprudencia, la problemática y estado actual de la justicia penal militar, sus reformas, la inclusión de la justicia ordinaria en procesos en contra de militares y las afectaciones que este contexto ha generado sobre los miembros de la Institución Castrense, determinando las falencias existentes en la normatividad colombiana en la actualidad en las causas penales y disciplinarias llevadas contra militares, y las consecuencias que esto tiene para su desempeño en el área de combate, luego para su defensa y juzgamiento imparcial.

1.4. Proveniente
CEMCO 12

PALABRAS CLAVES. Debido Proceso, Fuero Penal Militar, Sistema Acusatorio, Acto Legislativo 192 de 2012, Justicia Penal Militar, Fuero Carcelario.

1.6. Institución a la cual se presenta el trabajo
Escuela Superior de Guerra ESEQUE

1.7. Línea y fecha de edición
Pagets D.C. 12 de Septiembre de 2012

1.8. Número de páginas
109

ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA



ESDEGUE-SIIA-CEESEDEN

RESUMEN ANALÍTICO EJECUTIVO - RAE

1. IDENTIFICACION

1.1 Título

Vacios jurídicos en la defensa de los miembros de las Fuerzas Militares

1.2 Autor(es)

MY. EJC. BECERRA BARRERA HERNAN LEONARDO
MY. EJC. LEGUIZAMON DIAZ CARLOS EDUARDO
MY. EJC. LOPEZ CANO HENRY MAURICIO
MY. EJC. OCHOA GUERRERO RUBEN DARIO

1.3 Nombre del Tutor(a)

HAROLD RODRIGUEZ RODRIGUEZ

1.4 Programa

CEM2012

1.5 Área de énfasis

Derechos Humanos, DICA y Justicia

1.6 Institución a la cual se presenta el trabajo

Escuela Superior de Guerra-ESDEGUE

1.7 Lugar y fecha de edición

Bogotá D.C., 12 de Septiembre de 2012

1.8 Número de páginas

105

2. ANÁLISIS

2.1 Palabras claves o descriptores

Debido Proceso, Fuero Penal Militar, Sistema Acusatorio, Acto Legislativo 192 de 2012, Justicia Penal Militar, Fuero Carcelario

2.2 Resumen o descripción breve del trabajo

Se trata de un artículo de recopilación y análisis de la legislación que se aplica para el caso de investigaciones que se adelantan en contra de miembros de las Fuerzas Militares por hechos resultantes del desarrollo de operaciones militares; en tal sentido, dentro del presente trabajo se realizó un recorrido por la normatividad de carácter nacional e internacional que ha sido positivizada, entiéndase, llevada a normas escritas, además de la jurisprudencia que se ha expedido sobre el tema y sobre todo sobre la real aplicación de estos preceptos en dichos procesos. Así mismo, dentro del desarrollo de la investigación, se analizó el concepto de fuero penal militar, sus elementos y los casos en que aplica de acuerdo a la ley y la jurisprudencia, la problemática y estado actual de la justicia penal militar, sus reformas, la inclusión de la justicia ordinaria en procesos en contra de militares y las afectaciones que este contexto ha generado sobre los miembros de la Institución Castrense, determinando las falencias existentes en la normatividad colombiana en la actualidad en las causas penales y disciplinarias llevadas contra militares, y las consecuencias que esto tiene para su desempeño en el área de combate, luego para su defensa y juzgamiento imparcial.

2.3 Contenido

El presente trabajo de investigación se inicia analizando cuales son las normas de carácter nacional e internacional que contiene las descripciones referentes al debido proceso y sus diferentes elementos, esto con el fin de determinar si en cuanto a existencia de normas positivizadas, los miembros de las Fuerzas Militares cuentan o no con herramientas para el desarrollo de su defensa dentro de los procesos de tipo penal y si esos elementos se respetan en aquellas causas penales que se adelantan en su contra, sobre todo.

Una vez definidas las herramientas legales en cuanto al debido proceso se refiere, se procede a realizar un breve recuento del origen de la justicia penal militar, y de la problemática que atraviesa en la actualidad, siendo tema obligado de ello, el análisis del fuero penal militar y de los elementos que lo conforman, y más que eso, determinar si ese fuero se está respetando o no en la actualidad. También se determina cuáles son los vacíos de los que adolece el ordenamiento jurídico colombiano, y la forma de suplirlos.

Una vez finalizado dicho análisis, se inicia a observar detenidamente las reformas que se han hecho hasta el momento a la Justicia Penal Militar, si éstas han sido eficaces para erradicar la inseguridad jurídica que ha afectado a los miembros de las Fuerzas Militares. Así mismo, se hace un análisis de todos los puntos que conforman el proyecto de reforma de la justicia penal militar, de la conveniencia de la reforma que se plantea para la Constitución en cuanto a fuero penal militar se refiere, haciendo un análisis crítico de los apartes que no se consideran convenientes para la situación jurídica de los militares y proponiendo nuevas soluciones para mejorar el contexto que rodea a los miembros de las Fuerzas Militares.

2.4 Metodología

Recopilación y análisis de leyes y jurisprudencia aplicada a la defensa de los miembros de las Fuerzas Militares

2.5 Conclusiones y recomendaciones del trabajo

- 2.5.1. Después de realizar un análisis de la normatividad en cuanto a la defensa de los miembros de las Fuerzas Armadas se refiere, se observa que efectivamente existen vacíos normativos en dicho aspecto, tanto en su descripción o positivización normativa como en la aplicación real de dichas garantías por parte de los Despachos Judiciales que adelantan investigaciones en contra de militares.

Es así, que una de las principales falencias que sale a la luz, es el desconocimiento de uno de los principales elementos integradores del derecho constitucional al debido proceso, cual es el respeto del juez natural el cual se ha visto abiertamente transgredido, esto por cuanto los militares presuntos infractores de la ley, son investigados por la Justicia Ordinaria, desconociendo que los Tribunales Militares son los únicos

llamados a conocer y sancionar a aquel militar que en tal calidad infrinja la ley.

Es de magna incoherencia y alta desigualdad, que al momento de señalar que un militar cometió una infracción al Derecho Internacional Humanitario, se diga que debe ser investigado por la justicia ordinaria, pero al momento de aplicar garantías y derechos para su defensa, sí se desconozca la aplicación de ese tipo de Derecho, que es el aplicable a una situación de conflicto armado interno.

Aunque en el proyecto de reforma a la justicia penal militar, el gobierno nacional ha tratado de mejorar la situación de inseguridad jurídica por la que atraviesan los militares, sigue de cierta manera desconociendo el JUEZ NATURAL propio del fuero militar, pues dentro del texto de reforma constitucional, describe un *numerus clausus* donde se señala, como se explicó a lo largo del presente escrito, una serie de conductas que no serán nunca de conocimiento de la justicia penal militar, lo que conlleva a mantener de cierta manera la misma situación actual, pues discriminar conductas de tal manera, no es la forma de garantizar la seguridad jurídica de los militares, en la errada idea de que la justicia ordinaria es mejor para tal fin.

Permitir que se conserve y defienda el principio de juez natural como elemento integrador del debido proceso, determinando que aún aquellas conductas infractoras del Derecho Internacional Humanitario sean competencia de la Justicia Penal Militar, pues a pesar de desconocer en el momento de su comisión el fin constitucional que le es propio a las Fuerzas Armadas, estas se comenten en uso de la calidad y funciones que revisten al sujeto activo de la acción.

- 2.5.2. El concepto bandera de la Corte Constitucional en cuanto al fuero penal militar se refiere, es que en el mismo momento que un miembro de la Fuerza Pública infringe el Derecho Internacional Humanitario o viola los Derechos Humanos, se rompe el nexo de causalidad con el servicio y por ende el fuero,

desprendiéndose de ello la pérdida de competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de este tipo de conductas.

Después del análisis normativo y del contexto del conflicto por el que atraviesa Colombia, debe oponerse al concepto de la Corte, pues de todas maneras el presunto infractor incurre en tales conductas de tipo ilícito valiéndose de la idea del cumplimiento de una misión constitucional, una orden de operaciones que respalda su actividad, diferente es el hecho de que posteriormente y contrariando la orden constitucional plasmada en la orden de operaciones, comete una conducta criminal; es más, del mismo modo puede entenderse cuando el hecho ilícito inicia desde el mismo momento del planeamiento de la operación, pues también se utiliza la investidura del militar, las armas de las que se lo dota, la calidad que ostenta para llevar a cabo una conducta típica de estas características.

Se reitera que se puede observar con claridad que en los dos casos planteados, que el actuar requiere de la actividad militar, pese a que se extralimita y se actúan transgrediendo la ley, es decir, se cumple con el requisito, exigido por la ley, la proximidad y claridad del vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio.

En ese orden de ideas, la aplicación de la competencia para conocer y sancionar las conductas de este tipo, debe hacerse en el contexto del conflicto armado interno, sin que sea óbice su gravedad, para desconocer que el juez natural para ello serán los Tribunales Militares, manteniendo el fuero aún en estos casos.

Es más, pese a reconocer el esfuerzo hecho por el gobierno para mejorar la situación jurídica de los militares en su proyecto de reforma, hubiese sido recomendable incluir dentro de ella, la correcta ubicación de la Justicia Penal Militar, dentro de la Rama Judicial, sacándola de la rama a la que en la actualidad pertenece, la Ejecutiva, incluyéndola en el aparte de jurisdicciones especiales, lo que evitaría tener que entrar a discusiones normativas, políticas y sociales sobre las conductas que son o no de competencia de la Justicia Penal Militar, tal como se maneja la jurisdicción indígena, esto mientras el presunto infractor este en servicio activo y en cumplimiento de una misión; esto si representaría una solución de fondo para la

situación jurídica de los militares que se encuentran inmersos en procesos penales.

- 2.5.3. Una de las principales falencias en cuanto a la defensa de los miembros de las Fuerzas Armadas, es el desconocimiento de los operadores judiciales de la normatividad que debe aplicarse en los procesos que se adelantan en contra de militares, pese a estar ya demostrado y comprobado que Colombia se encuentra en situación de conflicto interno, tanto como en la justicia ordinaria como en la justicia penal militar, se profieren decisiones donde no se aplica del Derecho Internacional Humanitario, sino que se basan en lecturas aisladas de legítima defensa, estricto cumplimiento de un deber legal entre otros, que son conceptos que se aplican en tiempos de paz, ese tipo de lectura del Derecho Penal, resulta en la decisión, en ocasiones de los miembros de las Fuerzas Armadas de la negativa de atacar a los integrantes del sistema rival para evitar someterse a un proceso sin garantías y sin la aplicación de la normatividad que corresponde por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollan este tipo de hechos.

Para esto se requiere trabajar en dos campos, primero en la preparación intensa de los funcionarios encargados de conocer y juzgar a los militares, sobre todo en el campo del Derecho Internacional Humanitario, no sólo para tipificar conductas, sino también para aplicar las garantías y el entendimiento que se da a una conducta realizada en desarrollo de un conflicto; también es necesario implementar y elevar a rango de ley de la república el Derecho Operacional, con el fin de que sus normas y principios sean aplicados en el desarrollo de estos procesos, tanto en el ámbito penal como en el disciplinario.

De otra parte, es necesario un compromiso por parte de la Fiscalía General de la Nación, en cuanto a la celeridad y eficaz investigación que se realice por las conductas violatorias de Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en las que incurrir los miembros del sistema rival, pues así como se investiga y sanciona a los integrantes de las Fuerzas Militares por este tipo de conductas, de igual manera debe hacerse con estas personas, que por demás, sí se encuentran al margen de la ley.

2.5.4. Recordando que los miembros de la Fuerza así como cumplen obligaciones con la sociedad, también son sujetos de derechos, es importante reforzar la aplicación y observación del derecho de defensa que también les aplica, es por ende de imperiosa necesidad que el gobierno así como la comunidad jurídica vele por garantizar el ejercicio adecuado, técnico y especializado del derecho a la defensa de los militares, implementado la defensa técnica pública para ellos, en condiciones iguales como la defensa pública que respalda a todo ciudadano colombiano, atendiendo el principio de igualdad.

Para que esto surta los efectos requeridos, es necesario que el proyecto no sólo se quede en letras, sino que se implemente en la realidad, destinando el presupuesto necesario para ello y gente con la capacidad necesaria para asumir ese reto, determinando un ente que lo maneje de la manera más eficaz, pues lo mínimo que se merecen los hombres que entregan su vida por la armonía del país, es que estén en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos colombianos.

2.5.5. Se concluye que si bien es cierto, el proyecto de reforma a la justicia penal militar, es uno de las mejores soluciones que se han planteado en mucho tiempo para la situación jurídica de los militares, salvo las objeciones y recomendaciones hechas a lo largo del presente escrito, esta no tendrá los resultados pedidos a gritos por los miembros de la Fuerza Pública, si sólo se queda en una norma que no se aplique, si no se crean las herramientas para llevar a la realidad las figuras que en el se contemplan, tal como pasó como la reforma del nuevo Código Penal Militar, que en lugar de convertirse en una solución, se convirtió en un problema de implementación, aplicación e interpretación.

2.5.6. Como quiera que se determina que efectivamente existen vacíos en la defensa de los militares, es de concluirse, que la mejor forma de recuperar el fuero penal militar y la legitimidad de la justicia penal militar y por ende de las actuaciones y operaciones de los hombres y mujeres que conforman las Fuerzas Militares de Colombia, es aprender de los errores pasados, erradicarlos, creando nuevas figuras y abriendo campo a un nuevo pensamiento jurídico acorde a la sociedad actual y al contexto de conflicto interno que atraviesa el país y todas las consecuencias que esto implica, tanto para juzgar a un infractor de la ley, como para absolverlo cuando sea del caso.

El fondo de la solución radica en la necesidad de dotar de armas a la Justicia Penal Militar, que impidan que el fuero sea mal interpretado o se abuse de él, por el contrario, éste debe ser la herramienta para demostrar que la justicia penal militar es imparcial e imparte justicia en la debida forma, independientemente si el hecho es una infracción al Derecho Internacional Humanitario o un delito de centinela por ejemplo.

No puede llegarse a la conclusión que la única forma de garantizar la seguridad jurídica de los militares y recuperar la legitimidad de las actuaciones de la justicia es restringir las conductas que son de competencia o no de la justicia penal militar, pues con esto se sigue desconociendo el juez natural; debe entenderse que la solución tanto para castigar las infracciones a la ley para evitar su repetición, así como para absolver a aquellas personas que sean inocentes, es fortalecer la definición del marco jurídico a aplicar, las herramientas para garantizar la imparcialidad de los funcionarios que integran el cuerpo de justicia penal militar, el respaldo de una defensoría técnica para los miembros de la Institución Castrense y la elevación del Derecho Operacional a la categoría de ley de la República.

2.6 Fuentes Bibliográficas

BECCARÍA, Cesar. Tratado de los Delitos y Las Penas.

CICR. Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

CÓDIGO PENAL

CÓDIGO PENAL MILITAR. Ley 522 de 1999

CONSTITUCIÓN POLÍTICA 1991

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 8.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto 23 de Agosto de 1989

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal.
Proceso No. 31080. M.P. YESID RAMIREZ BASTIDAS

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

DIRECTIVA 0181/2012. Ejército Nacional.

EL DEBIDO PROCESO.
<http://forodelderecho.blogcindario.com/2007/12/00046-el-debido-proceso-html>

EL TIEMPO. Dos mil militares piensan acogerse a sentencia anticipada

ESTATUTO DE ROMA.
http://www.hchr.org.co/documentos/html/pactos/estatuto_roma_corte_penal_internacional.html

GACETA DEL CONGRESO. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo número 192 de 2012 Cámara.

LA QUINTA ENMIENDA.
http://www.law.cornell.edu/wex/espanol/la_quinta_enmienda.

LEY 522 DE 1999.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0522_1999.html. [Consultado el 05 de Mayo de 2012]

MACHICADO, Jorge. Carta Magna de Juan sin Tierra.

MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. Fuero militar y control de reclusos uniformados.

MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. Por el camino correcto en una nación que busca consciencia sobre su conflicto.

MONTESQUIEU. El Espíritu de las Leyes. Edición Electrónica 2010.

Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. [www.acnur.org/biblioteca/pdf/0015.pdf]

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO No. 192 DE 2012. [www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Prensa/Documentos/P.A.L192-2012-\(Fuero_Militar\).pdf](http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Prensa/Documentos/P.A.L192-2012-(Fuero_Militar).pdf)

RESOLUCIÓN 364-2002. Procuraduría General de la Nación

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.

RUIZ RAMIREZ, José Manuel. El Derecho al Debido Proceso como pilar de un Estado Democrático.

SENTENCIA C-017-96. Corte Constitucional.

SENTENCIA C-037-09. Corte Constitucional.

SENTENCIA C-141-95. Corte Constitucional.

SENTENCIA C-358-97. Corte Constitucional.

SENTENCIA C-358-07. Corte Constitucional.

SENTENCIA C-361-01. Corte Constitucional.

SENTENCIA C-554-01. Corte Constitucional.

SENTENCIA C-878-00. Corte Constitucional.

SENTENCIA SU-1184-2001. Corte Constitucional.

SENTENCIA T-105-2010. Corte Constitucional.

SENTENCIA T-030-05. Corte Constitucional.

SENTENCIA T-066-05. Corte Constitucional.

SENTENCIA T-386-02. Corte Constitucional.

SENTENCIA T-431-02. Corte Constitucional.

SENTENCIA T-610-01. Corte Constitucional.

SENTENCIA T-969-09. Corte Constitucional.

VALENCIA TOVAR, Álvaro. Fuero Penal Militar y Justicia Penal Militar: una tradición histórica de la jurisprudencia colombiana. [

INTRODUCCIÓN

Es sabido que en la actualidad la Justicia Penal Militar atraviesa su mayor crisis frente al desenvolvimiento del conflicto de carácter no internacional en Colombia, lo que en gran medida ha afectado la estabilidad y seguridad jurídica de los militares inmersos en procesos de tipo penal y disciplinario, en su mayoría, por hechos relacionados con muertes en desarrollo de operaciones militares, y por ende la consecución de resultados y la moral combativa del personal integrante de las Fuerzas Militares, todo con base en la falsa creencia que la justicia ordinaria es la mejor que la castrense, aunado esto al manejo que se ha dado al tema por parte de los medios de comunicación y a la presión de los organismos internacionales e incluso de los medios de comunicación.

Es por ese contexto social, político e histórico que se presenta para los militares y el régimen de carácter especial que para ellos se aplica, que se hace necesario entrar a determinar si en el ordenamiento jurídico colombiano se presentan vacíos que afecten su defensa dentro de una sociedad marcada por el conflicto armado.

Para ello será necesario hacer un análisis de lo que esta situación representa para el desarrollo del conflicto, con el fin de buscar herramientas para mejorar y fortalecer la actividad de los miembros de las Fuerzas Militares de Colombia, logrando ampliar el espectro de acción de las misiones que desempeñan para obtener ventaja y resultados exitosos frente al actuar delictivo del sistema rival y así blindar las operaciones de las Fuerzas Armadas, la seguridad jurídica de sus integrantes representado en la libertad de sus hombres, todo con el fin de dar cumplimiento al fin constitucional delegado en beneficio de todos los ciudadanos colombianos.

1. JUSTIFICACIÓN

Colombia como Estado Social de Derecho, erige a sus autoridades con el fin de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”¹, es decir, el Estado tiene la obligación de garantizar que todos y cada uno de sus ciudadanos puedan ejercer plenamente sus derechos.

Es de amplio conocimiento que las tropas de tierra, mar y aire en nuestro país, radican su actividad precisamente en la protección de los principios del Estado Social y Democrático de derecho² pero también en sus fines³, es por ello que el artículo 217 de la Carta Política establece que:

La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (...)⁴.

A parte de establecer un compendio de normas para garantizar esa convivencia pacífica y ejercicio de derechos de las personas que habitan el territorio nacional, el Estado emplea a su Fuerza Pública para combatir y contrarrestar aquellas organizaciones o grupos que van en contra de los fines del Estado, es así, que la misma Corte Constitucional señala que “la defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. Comporta, como se ha indicado, enfrentar a los

¹ Constitución Política 1991. Artículo 2. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf> [Consultado el 23 de Marzo de 2012].

² CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Art. 1. “Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de republica unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf> [Consultado el 23 de Marzo de 2012].

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Art. 2 ; “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución;; facilitar la participación de todas las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. . <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf> [Consultado el 23 de Marzo de 2012]

⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Art. 217. <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf> [Consultado el 23 de Marzo de 2012]

agresores de tales derechos. La existencia de fuerzas armadas se justifica por la necesidad de asegurar, más allá del mandato normativo, la eficacia de los derechos”⁵.

Corolario de lo anterior, el Estado representado por esas Fuerzas Militares mantiene el monopolio del uso de la fuerza contemplando en la Carta Política, pues:

Artículo 223. Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente (...). Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale⁶.

En desarrollo de esa misión impuesta por la Constitución, y por ende en el enfrentamiento que se presente entre la Fuerza Pública y los grupos al margen de la ley alzados en armas, se desarrollan conductas que se ha observado a lo largo de la existencia de las Fuerzas Militares de Colombia, ponen en entre dicho el comportamiento de los militares y la legitimidad de sus conductas, ya sea por su actuación por fuera de la legalidad, por desconocimiento de las normas aplicables al conflicto, e incluso en muchas ocasiones por que aquellos que juzgan este tipo de hechos, desconocen los conceptos básicos operacionales y apoyan sus decisiones en conceptos más políticos que jurídicos.

Es así que en la actualidad se ha observado la cantidad creciente de militares condenados por la justicia ordinaria, en su mayoría por el delito denominado homicidio en persona protegida, en muchas ocasiones por las razones brevemente expuestas en el párrafo anterior, llevando a los hombres que integran la Fuerza Pública a la completa

⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf> [Consultado el 23 de Marzo de 2012]

⁶ Constitución Política 1991, Artículo 223. <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf> [Consultado el 23 de Marzo de 2012]

desmoralización, al abandono del Estado en muchos casos y a condenas a veces injustas, sintiéndose éstos desprotegidos legalmente, impidiendo este ambiente de inseguridad jurídica, la obtención de ostensibles resultados positivos en pro de la disminución del actuar delictivo de los grupos ilegales, entre otras consecuencias negativas para los integrantes de la Institución Castrense.

Pueden considerarse ejemplo de esos injustos, los casos citados en la edición del periódico El Tiempo del 24 de Junio de 2012⁷, en la cual, entre otros, se citaron casos, como el del Señor Mayor Mauricio Ordóñez, quien capturó a Yesid Arteta, exjefe de las FARC, quien teniendo más de treinta condecoraciones lleva dos años detenido y fue sentenciado a 47 años de prisión por la muerte de cuatro campesinos.

También se mencionó en esta publicación el caso del Señor Coronel ÁLVARO TAMAYO, quien capturó al capo de la mafia en Brasil *Fernandinho Beira-Mar*, quien a la fecha se encuentra vinculado al caso de presuntos homicidios en persona protegida de Soacha, y que lleva 4 años detenidos, sin que se haya proferido sentencia; el Señor Mayor WILLIAM ROBERTO, Oficial destacado en las operaciones contra el bloque oriental de las FARC, cumple una sentencia de 25 años de prisión por el asesinato del sindicalista Gerardo Liévano García.

No bastando estos casos, también se encuentra el del Señor Teniente WILMER SIZA, quien en un combate donde murió un “supuesto” campesino, que accionó una carga que le voló medio cuerpo, este Oficial le salvó la vida a 25 subalternos, y hoy se encuentra detenido por la muerte de ese hombre.

⁷ EL TIEMPO. [En Línea] Disponible en http://www.eltiempo.com/justicia/dos-mil-militares-piensen-acogerse-a-sentencia-anticipada_11971163-4 . [Consultado el 24 de Junio de 2012].

Estos casos, se presentan como algunos de los ejemplos que indican los vacíos jurídicos que se presentan en el ordenamiento jurídico colombiano; es por tanto, que el contenido de la presente investigación, en esencia, representa una reflexión sobre la actividad que desempeña la Fuerza Pública en el teatro operacional, y hasta que punto sus actuaciones y los resultados que de ellas se obtienen en situaciones de combate, están amparados por la normatividad colombiana y por la normatividad internacional.

La Constitución le impone a las Fuerzas Armadas, disciplinadamente entrenadas, la obligación de sus integrantes, quienes se observan de primera mano todos estos

La preocupación de la situación actual que rodea a los militares tanto activos como retirados, es lo que lleva a buscar soluciones que a futuro permitan justificar las acciones militares realizadas a la luz de la legalidad, luego, buscar la seguridad jurídica de los resultados operacionales y de la situación en el mismo campo de los miembros de las Fuerzas Militares que en ellas participan.

El desarrollo de un conflicto, se ha podido observar en el devenir de la historia militar que muchos de los nombres que pertenecen a la institución Castellana han sido juzgados en muchas ocasiones con base en decisiones más políticas que jurídicas, que quienes los juzgan no tienen un conocimiento pleno del desarrollo de las operaciones militares que permitiera entender el contexto de los hechos en los que se presentaron estas

Al momento en que militares que participaron en el conflicto en cumplimiento de la misión constitucional, son juzgados por personas idóneas en el tema para su defensa, resulta que en muchos de los casos se abandonó a aquellos que en su momento fueron jueces para la Nación por la obtención de resultados y sumado a todo lo anterior, no hay seguridad jurídica para estas personas, pues las investigaciones que en algunos casos por el Juicio Penal Militar no se hicieron correctamente en algunos casos, en otros se hicieron sin hacer un generoso crédito de condonación y juicio para los nombres que pertenecen a la Fuerza Pública que se supone son la representación

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como ya se mencionó con anterioridad, es sabido que Colombia en la actualidad atraviesa por un conflicto armado; el desarrollo del mismo requiere un direccionamiento jurídico al momento de lanzar las operaciones en el marco de los fines que la Constitución le impone a las Fuerzas Militares, direccionamiento encaminado a la protección de sus integrantes, quienes al observar de manera precisa todas aquellas normas que en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario deben aplicarse, estarán dando fiel cumplimiento a la normatividad legitimando el uso de la fuerza en aras de llevar a la realidad los fines constitucionales que les competen, sin que se genere conducta ilícita alguna en su actuar.

En desarrollo de ese conflicto, se ha podido observar en el devenir de la historia militar que muchos de los hombres que pertenecen a la Institución Castrense han sido juzgados en muchas ocasiones con base en decisiones más políticas que jurídicas; que quienes los juzgan no tienen un conocimiento pleno del desarrollo de las operaciones militares que permitan entender el contexto de los hechos en los que se presentan este tipo de actuaciones.

Así mismo, que los militares que participan en el conflicto en cumplimiento de la misión constitucional no son asistidos por personas idóneas en el tema para su defensa técnica; que el Estado en muchas ocasiones abandona a aquellos que en su momento fueron héroes para la Nación por la obtención de resultados, y sumado a todo lo anterior, no hay seguridad jurídica para estas personas, pues las investigaciones que en años atrás por la Justicia Penal Militar no se hicieron correctamente en algunos casos, en otros, ni siquiera se hicieron, generando cientos de condenas y juicios para los hombres que pertenecen a la Fuerza Pública, que se supone son la representación

legítima del monopolio de la fuerza del Estado, y la protección de los miembros de la población civil que habitan el territorio nacional.

Dentro del desarrollo de la investigación haciendo uso de pronunciamientos internacionales, de la normatividad aplicable al desarrollo del conflicto armado colombiano y de la experiencia operacional y jurídica de otros países, en cuanto al juez natural y el fuero militar aplicable a los integrantes de la Fuerza Pública, en aras de la seguridad jurídica de las personas que la componen, se determinará aquellos vacíos de los que adolece el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto al ámbito militar y su defensa técnica se refiere, y por ende la imperiosa necesidad de tomar las medidas necesarias para proveer de justicia, seguridad y verdad a los hombres de nuestra Fuerza.

2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿En qué normas del ordenamiento jurídico colombiano se encuentran los vacíos jurídicos referentes a los mecanismos de defensa de los miembros de las FF.MM?

2.2. OBJETIVO GENERAL

Analizar la existencia de los vacíos jurídicos la normatividad colombiana frente a la defensa de los miembros de las Fuerzas Militares y las consecuencias de los mismos.

2.3. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

2.3.1. Identificar cuáles son las normas de carácter nacional e internacional que se aplican y respaldan la defensa de los militares

- 2.3.2. Determinar si existen vacíos jurídicos en la defensa de los militares y la implicación de estos en la aplicación del fuero y la justicia penal militar.
- 2.3.3. Plantear posibles soluciones para suplir los vacíos existentes en las normas de defensa aplicable a los militares y sobre la implementación de las posibles reformas a la justicia penal militar.
- 2.3.4. Analizar el contexto actual del fuero penal militar, el respeto del derecho de defensa de los militares y la pertinencia de las reformas hechas sobre el tema.

CONCLUSIONES

El estudio de esta materia y dentro de ella, el derecho de defensa, tiene su especial relevancia en el país, que dada su doble característica, el ser un deber y un deber de respeto desde el punto de vista que se observe.

Este estudio ha sido desarrollado a lo largo de la historia, por normas internacionales y nacionales, siendo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todas estas normas integradas y sujeta ordenamiento colombiano por medio del Bloque de Constitucionalidad.

Con la implementación en Colombia de la Constitución Política de 1991, que marcó el paso del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho de nuestro

3. MARCO HISTÓRICO

El concepto de Derecho de Defensa y Debido Proceso tanto en legislaciones internacionales como en la legislación nacional, ha sufrido cambios interesantes, marcados en su mayoría por la aplicación de un nuevo modelo de Estado, correspondiendo este a la implementación del Estado Social de Derecho, que en veces trae consigo cambios de garantías para los ciudadanos, y en este caso específico para los ciudadanos miembros de las Fuerzas Militares. En épocas anteriores, las cuales pueden denominarse épocas oscuras para las garantías de los ciudadanos, muchas veces se atentaba contra derechos que por naturaleza propia le pertenecen al hombre *per se*, desconociéndolas desde todo punto de vista, hasta que se presentaran levantamientos, batallas y guerras de las personas inconformes con tales atropellos, que permitieron ganar espacio para el respeto de dichas garantías.

El concepto de debido proceso y dentro de éste, el derecho de defensa, tiene su principal representación en el *ius puniendi*, que tiene doble caracterización, al ser un derecho y un deber dependiendo desde el punto de vista que se observe.

Este concepto ha sido desarrollado a lo largo de la historia, por normas internacionales y nacionales, iniciando en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todas estas normas integradas a nuestro ordenamiento colombiano por medio del Bloque de Constitucionalidad.

Con la implementación en Colombia de la Constitución Política de 1991, que marcó el paso del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho de nuestro

país, se puede señalar que se inició una etapa de mayores garantías procesales para aquellas personas que resultan involucradas en procesos sancionatorios de cualquier tipo, puesto que en esta Carta de derechos y también de deberes, fueron fijados derechos fundamentales que deben respetarse a todo ciudadano colombiano. Entre ellos, aquellos que pertenecen a las Fuerzas Armadas, toda vez, que incluso “quienes ejercen la autoridad, tienen los derechos iguales e inalienables que pertenecen a otro ser humano⁸”, tal como se señaló en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, realizado en Cuba en 1990.

Es así, que dentro de la Carta Magna, se tiene la presencia del fuero militar constituida para garantizar que los militares, sean investigados por un juez natural, con la salvedad de que los delitos sean cometidos por causa y con ocasión del servicio, entendiendo dicho funcionario, como:

Funcionario judicial preexistente a las conductas objeto de investigación y juzgamiento penal, instituido por la Constitución o la ley con competencias singularmente establecidas, quien a su vez deberá pronunciarse de manera imparcial, es decir, sin sometimiento, ni dependencia ideológica, discursiva, ni conceptual de ningún otro órgano o funcionario de la rama ejecutiva, legislativa, incluidos sus inmediatos superiores⁹.

En desarrollo de esas garantías constitucionales fijadas para todos los ciudadanos se ha establecido tanto legal como jurisprudencialmente que éstas deben respetarse por igual a los miembros de la Institución Castrense, si bien es cierto hay ciertas diferencias tanto en la parte sustantiva como en la procedimental, es claro que el sistema a aplicar a los militares debe ser congruente con los principios que rigen constitucionalmente para todos los habitantes del territorio colombiano, llegando incluso con el devenir de la

⁸ Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. Disponible en: <http://vlex.com/vid/viii-naciones-unidas-prevencion-delincuente-45040521> [Consultado: 23 de Marzo de 2012]

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. [En línea] Proceso No. 31080. M.P. YESID RAMIREZ BASTIDAS. 17 de Marzo de 2009. Disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co> . [Consultado el 23 de Marzo de 2012].

historia a determinar que debe dárseles un tratamiento especializado, pero nunca diferente.

Lastimosamente con la presencia de lo que a los ojos de la luz pública se ha dado a conocer por parte de los medios de comunicación como “falsos positivos”, se puede observar que esas garantías que se han consagrado a lo largo de la historia han empezado a tambalear, por factores como la intromisión de la política en las decisiones judiciales, el juzgamiento por parte de autoridades que desconocen el contexto militar, intervención de organizaciones internacionales en la justicia penal militar y en todas aquellos procesos donde se ven involucrados los miembros de la Fuerza Pública, desconocimiento de algunas garantías fundamentales para aquellos hombres por parte de los entes judiciales ordinarios, repercusiones por la debilidad en años anteriores de la justicia penal militar al momento de investigar y juzgar a sus hombres.

Como acertadamente lo señaló el Doctor Jean Carlo Mejía Azuero:

Estamos en la coyuntura más trascendental de los últimos años respecto al apoyo efectivo que debe brindársele desde lo político y lo jurídico a las Fuerzas Armadas. Durante cuarenta y siete años no tuvimos consciencia de que estábamos en conflicto armado para efectos de proteger el fuero (...) la única jurisdicción que no se había desarrollado constitucionalmente era la penal militar (...) Ojalá podamos comprender finalmente que esta guerra se gana desde lo político y no desde lo militar (...)¹⁰.

¹⁰ MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. Por el camino correcto en una nación que busca consciencia sobre su conflicto. [En línea]. Disponible en: <http://jeancarlomejiaazuero.blogspot.com/> [Fecha de Consulta: 29 de Marzo de 2012]

4. MARCO JURÍDICO

El principal fundamento del derecho de defensa y el debido proceso, y por ende, para determinar si en realidad en la actual legislación colombiana existen vacíos jurídicos en la defensa de los militares, inicia en el análisis de la Constitución Política, tomando como base con el artículo 2°, en el cual se determina cuáles son los fines del Estado y por ende los fines y principios que debe garantizar y por los que debe velar la Fuerza Pública, como claramente lo describen los artículos 216 y 217 ídem.

En cuanto a las garantías procesales de las que goza todo ciudadano colombiano, es necesario hacer referencia al artículo 29 de la Carta Política, que refiere el alcance del debido proceso y el derecho de defensa; se deberá igualmente tener en cuenta, el bloque de constitucionalidad que integra a la normatividad nacional los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, ejemplo de ello, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es de vital importancia realizar un análisis del Código Penal Militar, tanto a la Ley 522 de 1999 como a la Ley 1407 de 2010, haciendo una confrontación con el artículo 12 que había sido incluido en el proyecto de reforma a la justicia; así mismo, se tendrá en cuenta lo pertinente de la Ley 600 del 2000, Ley 599 de 2000, entre otras.

En la actualidad se observa en el plano jurídico colombiano, en cuanto al personal militar investigado, que se está afectando el derecho que sobre ellos recae de ser investigados por el juez natural que les corresponde, luego, es necesario hacer un especial análisis al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y

determinar su observancia o no en aquellos procesos penales que hoy por hoy se adelantan en Colombia, toda vez, que este textualmente dispone que:

Artículo 14. Apartado 1. "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o por la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil"¹¹.

¹¹Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [En línea]. Disponible en www.acnur.org/biblioteca/pdf/0015.pdf [Fecha de Consulta: 28 de Marzo de 2012].

5. MARCO INSTITUCIONAL

Es claro que la justicia penal militar y el fuero penal militar, se han visto afectados por la política y el manejo que se le ha dado en Colombia y por la intervención de organizaciones y tribunales internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional y la Organización de Estados Americanos, llegando al punto, de generar tal incertidumbre y desmoralización en las tropas, llevando a algunos integrantes de la Fuerza Pública a aminorar su compromiso con la misión que la Constitución impone a las Fuerzas Armadas, por temor a ser investigados, juzgados y condenados, y muchas veces abandonados en el campo de la defensa técnica. Lo que ha repercutido evidentemente en la obtención de resultados tangibles para la Fuerza y en el mismo hecho que a la fecha se encuentren muchos efectivos de las Fuerzas Militares detrás de las rejas.

El periódico El Tiempo¹², señaló, como ya se mencionó antes, en la publicación denominada “Dos mil militares prefieren acogerse a sentencia anticipada”, se mencionó que muchos de los militares que en la actualidad se encuentran detenidos y tras largo de tiempo de atravesar dicha situación no les ha sido resuelta su situación jurídica, en este momento prefieren, ser beneficiarios a una rebaja por confesar un hecho a pesar de no ser culpables que pagar hasta cincuenta años de cárcel; no bastando con esto “según cifras oficiales, 5000 militares están siendo investigados. Y de los que están detenidos, sólo el 16% ha sido condenado”¹³.

En la misma publicación el General ® Jaime Ruiz, señaló que “los militares no están combatiendo. Como está hoy este país y con las garantías que les está dando a sus

¹² EL TIEMPO. Óp. Cit.

¹³ Ibid.

soldados, pues no vale la pena defenderlo (...) Colombia es el único país del mundo que enfrenta un conflicto armado con una legislación de paz y sin fuero militar.”¹⁴

RAZÓN HISTÓRICA DEL DEBIDO PROCESO

Si bien es cierto, se ha implementado en gran medida la instrucción de los miembros de la Fuerza en todos los niveles, en materia de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Operacional, intención que es de resaltar como acción preventiva, es claro que al vacío aún se encuentra en la defensa técnica con la que se asiste a los militares, y la forma con la que se desarrollan este tipo de investigaciones, con influencias políticas y de organismos internacionales y con falta de conocimiento del ámbito operacional por parte de quienes investigan y juzgan a los miembros de las Fuerzas Armadas.

Aún se conserva la visión de las ventajas de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en los Estrados Judiciales, pero se adolece una verdadera intención de llevar su aplicación a la realidad en beneficio de los hombres que pertenecen a la Fuerza Pública, observando la necesidad de generar un marco legal que respalde a aquellos hombres que cumplen y garantizan los fines del Estado y una asistencia técnica a la altura de las responsabilidades y misión de la Fuerza Pública.

¹⁴ Ibid.

6. NOCIÓN HISTÓRICA DEL DEBIDO PROCESO

Se puede señalar que la primera aparición del concepto del debido proceso, como garantía para aquellas personas involucradas dentro de una causa judicial, se registra en la promulgación de la Carta Magna¹⁵ por Juan sin Tierra, Rey de Inglaterra en 1215, como inicio del reconocimiento de muchos derechos que hoy asisten a los individuos encartados en un proceso de cualquier tipo.

En el artículo 46 de la Carta Magna, estableció como se mencionó con anterioridad, la primera aparición del debido proceso, que si bien es cierto, se dirigía a la protección del derecho de propiedad, característica propia del feudalismo, manifestando que ningún hombre podía ser arrestado o privado de sus propiedades sino mediante juicio de sus pares y por las leyes aplicables a tal fin, dio el primer paso al reconocimiento de principios tales como el de legalidad, juez natural y derecho de defensa.

Estos principios que se constituyen, como los elementos que conforman el concepto de debido proceso, aseguraban que a las personas involucradas en este tipo de causas se les oyeran sus argumentos defensivos, por parte de un tribunal o juez competente instalado con anterioridad al hecho.

La misma Carta en su artículo 39 señaló que:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos la fuerza contra él ni enviaremos

¹⁵ MACHICADO, Jorge. Carta Magna de Juan sin Tierra. [En línea]. Disponible en <http://ermoquisbert.com/pdfs/cm.pdf>. [Consultado el 15 de Abril de 2012]

a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judiciales de sus pares o por la ley del reino¹⁶.

En la norma antes citada puede observarse claramente el inicio de todos los elementos constitutivos del debido proceso, dando los primeros visos de la presunción de inocencia, reiterando nuevamente lo que hoy se conoce como el principio de legalidad, que ya había sido relacionado en el artículo 46; así mismo, se menciona nuevamente el concepto de juez natural y el respeto a cada uno de los derechos que le corresponden al individuo *per se*.

En el artículo 40 el Rey Juan sin Tierra estableció: “a nadie venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia”¹⁷, dando inicio igualmente al concepto de celeridad, gratuidad y recta impartición de justicia.

En el continente Americano, Estados Unidos fue la primera Nación que reconoció el derecho al debido proceso, cuando en su Quinta Enmienda estableció principios que:

(...) son fundamentales para toda persona acusada de cometer un delito. Aunque son varias las disposiciones de esta enmienda, los elementos que protegen a una persona acusada de cometer un delito son cuatro: el derecho contra la auto-incriminación forzada, el derecho a un gran jurado, el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito (excepción de cosa juzgada) y el derecho al debido proceso¹⁸.

Posteriormente, las constituciones europeas y latinoamericanas plasmarían este derecho bajo diversos términos como: debido proceso legal, derecho constitucional de defensa, bilateralidad del proceso, principio de contradicción o garantía de audiencia. La evolución histórica que ha tenido este derecho y su creciente importancia para las sociedades puede explicarse a través de lo expuesto por el jurista Alan Dershowitz. Él considera que los derechos son aquellas preferencias fundamentales para una sociedad sustentadas en la experiencia y la historia, en particular, casos de injusticia, que han demostrado

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid., p. 40.

¹⁸ La Quinta Enmienda. [En línea]. Disponible en: http://www.law.cornell.edu/wex/espanol/la_quinta_enmienda. [Consultado el 20 de Abril de 2012].

ser tan esenciales para los individuos que estos deben ser persuadidos de consagrarlos en textos positivos que no estén sujetos a ser modificados sencillamente por los cambios en las mayorías políticas¹⁹.

El concepto del debido proceso, fue alimentado en gran manera por el pensamiento de Montesquieu sobre la división de poderes, señalando que:

En cada Estado hay tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas pertenecientes al derecho de gentes, y el ejecutivo de las que pertenecen al civil. Pero el primero, el príncipe o el magistrado hace las leyes para cierto tiempo o para siempre, y corrige o deroga las que están hechas. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones; y por el tercero, castiga los crímenes o decide las contiendas de los particulares. Este último se llamará poder judicial; y el otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado.

(...)

Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en una misma persona o corporación, entonces no hay libertad, porque es de temer que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo.

Así sucede también cuando el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Estando unido al primero, el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser un mismo el juez y el legislador y, estando unido al segundo, sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor.

En el Estado en que un hombre solo, o una sola corporación de próceres, o de nobles, o del pueblo administrase los tres poderes y tuviese la facultad de hacer las leyes, de ejecutar las resoluciones públicas y de juzgar los crímenes y contiendas de los particulares, todo se perdería enteramente²⁰.

Por su parte Jean Jacques Rousseau cuando plasma su pensamiento en el libro El Contrato Social, aporta igualmente al concepto motivo de estudio, cuando se refiere a la necesidad de la instauración del Estado de Derecho como forma de gobierno, con el fin de asegurar las libertades, derechos y deberes que garanticen la convivencia pacífica e igualitaria.

¹⁹ RUIZ RAMIREZ, José Manuel. El Derecho al Debido Proceso como pilar de un Estado Democrático. [En línea]. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/56302753/El-Derecho-Al-Debido-Proceso-Como-Pilar-de-Un-Estado-Democratico>. [Consultado el 13 de Abril de 2012].

²⁰ MONTESQUIEU. El Espíritu de las Leyes. Edición Electrónica 2010. [En línea]. Disponible en http://www.laeditorialvirtual.com.ar/PAGes2/Montesquieu/EspirituLeyes_01.html [Consultado el 22 de Marzo de 2012].

Es así que con la Revolución Francesa, basada en su mayoría en la filosofía de Montesquieu y Jean Jacques Ruosseau, y con la instauración del Estado de Derecho, se imponen principios en las Constitucionales tales como la división tripartita de poderes, el imperio de la ley, el principio de legalidad, el respeto por los derechos fundamentales, principios base de la etapa moderna del constitucionalismo.

Por su parte para Beccaría²¹ siempre deberá existir una ley preexistente proferida por un organismo competente para ello, lo que implicará que si dicha ley no existe no habrá conducta a investigar, y por otro lado, si la conducta se comete, y posteriormente es fijada como típica, no podrá iniciarse el movimiento del aparato judicial; en este entendido, el Estado no estaría facultado para dictar leyes con efectos retroactivos, pues de esta manera la seguridad jurídica perdería toda su validez.

Tratados como los escritos por Cesare Beccaría, se presentaron a lo largo de la historia como reacciones a las injusticias y desvanes cometidos por los detentores del poder, es así que se conoce en la historia del Derecho Canónico, que su doctrina en siglos pasados, permitían sancionar ante una conducta que a su juicio era reprochable frente a sus mandatos, pese a no estar esta fijada con anterioridad.

Según Clauss Roxin “este principio significa limitar el poder judicial en lo penal”²²; en la misma línea se pronunció Anselm Feuerbach con su conocido aforismo *nulum crimen, nullum poena sine lege*, significando este, que no hay delito sin ley previa y no hay pena si esta establecida previamente, “derivándose la frase de Feuerbach, de su teoría de coacción psicológica que planteaba la probable abstención de la comisión de

²¹ BECCARÍA, Cesar. Tratado de los Delitos y Las Penas. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L. 1993.

²² ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas, citado por <http://forodelderecho.blogcindario.com/2007/12/00046-el-debido-proceso.html>. [Consultado el 15 de Abril de 2012].

un delito, por el hecho de saber que la conducta que podría realizarse sería castigada, es decir, pone al delito como algo no rentable²³.

6.1. NORMAS INTERNACIONALES QUE CONSAGRAN EL DEBIDO PROCESO

El debido proceso a lo largo de la historia tras muchas luchas contra la arbitrariedad de Monarquías y de los gobiernos, hasta la implementación del Estado de Derecho y posteriormente del Estado Social de Derecho, se constituye como parte de los Derechos Humanos que toda persona puede exigir ante los Tribunales Judiciales de cualquier índole.

Es así que en múltiples Tratados Internacionales, se consagra el obligatorio cumplimiento de la observancia del debido proceso, no sólo en causas de tipo penal, sino también en causas laborales, civiles, comerciales, entre otras; en ese orden de ideas, han sido creadas diferentes figuras internacionales, con el fin de garantizar el respeto de este derecho fundamental, reconociendo la obligatoriedad de su aplicación.

En el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se dispone que “toda persona tiene Derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus Derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia Penal²⁴”.

²³ El debido proceso. [En línea] Disponible en <http://forodelderecho.blogcindario.com/2007/12/00046-el-debido-proceso-html>. [Consultado el 15 de Abril de 2012].

²⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos. [En línea]. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/dudh.html. [Consultado el 24 de Abril de 2012].

La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en el artículo 26, señala por su parte que “toda persona acusada de delito tiene el derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por Tribunales anteriores establecidos de acuerdo con leyes preexistentes”²⁵.

En el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...).
2. Toda personal acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda personal acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justifica lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargos;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, sino comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal²⁶.

El Pacto de San José de Costa Rica, establece en el artículo 8 en cuanto al debido proceso, lo siguiente:

²⁵ El debido proceso. Op. Cit.

²⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [En línea]. Disponible en http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/pacto_internacional_derechos_civiles_politicos.html. [Consultado el 10 de Abril de 2012].

Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas:

- a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para su defensa;
- d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia²⁷.

El mismo tratado, más adelante, en su artículo 9 cuando se refiere al principio de legalidad y de retroactividad, describe que:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello²⁸.

²⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8. [En línea]. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>. [Consultado el 23 de Abril de 2012].

²⁸ Ibíd. Artículo 9.

También se menciona en el Estatuto de Roma, en su articulado varios aspectos referentes a la obligación del respeto al Debido Proceso en una causa judicial, en diversos artículos, como puede observarse a continuación:

Artículo 22. *Nullum crimen sine lege*. 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

Artículo 24. Irretroactividad *ratione personae*. 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

Artículo 66. Presunción de inocencia. 1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable. 2. Incumbirá al Fiscal probar la responsabilidad del acusado. 3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

Artículo 67. Derechos del acusado. 1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad:

- a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo (...)²⁹.

Toda la legislación antes mencionada, y desarrollada a lo largo de la historia, ha sido positivizada en el mundo, en procura de garantizar a los individuos involucrados en

²⁹ Estatuto de Roma. [En Línea]. Disponible en http://www.hchr.org.co/documentos/html/pactos/estatuto_roma_corte_penal_internacional.html. [Consultado el 24 de Abril de 2012].

causas procesales de todo tipo, el seguimiento de un proceso apegado a la norma y no a subjetividades de jueces o tribunales, ni tampoco a arbitrariedades en las que podía incurrir el gobierno de turno en cada país, creando un común denominador que limite el *ius puniendi* del Estado y que obligue al respeto de un mínimo de garantías para el procesado; así mismo, se generan requisitos y características esenciales que conforman este derecho fundamental, siendo los más importantes los siguientes:

- a) Juez Natural
- b) Derecho de contradicción
- c) Duración razonable del proceso
- d) Publicidad
- e) Juez Natural
- f) Presunción de Inocencia
- g) Defensa Técnica
- h) *Non bis in ídem*

6.2. EL DEBIDO PROCESO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Como Norma de Normas y de donde se desprenden los derechos fundamentales que deben respetarse y garantizarse a todo ciudadano que habita el territorio colombiano, se encuentra la Constitución Política de 1991, donde en el artículo 29 se erige toda la construcción de los elementos que deben tenerse en cuenta en causas judiciales, para el respeto íntegro del debido proceso, dicho artículo señala textualmente que:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le hay declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por el, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por

el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso³⁰.

En desarrollo y cumplimiento del anterior postulado constitucional, el Código Penal por su parte establece en dos artículos, la descripción de dos de los elementos que hacen parte del debido proceso, así:

ARTÍCULO 6. LEGALIDAD. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el envío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando se posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

(...)

ARTÍCULO 8. PROHIBICIÓN DE DOBLE INCRIMINACIÓN. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera que sea la denominación jurídica que se le de o haya dado, salvo lo establecido en instrumentos internacionales³¹.

Por su parte el Código de Procedimiento Penal desarrolla en su articulado más ampliamente los elementos del derecho fundamental en comento, hablando del principio de legalidad, de la presunción de inocencia y el derecho de defensa, así:

ARTÍCULO 6°. LEGALIDAD. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio. La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

³⁰CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Art. 217. [En línea]. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>. [Consultado el 23 de Marzo de 2012]

³¹ CÓDIGO PENAL. [En línea]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html [Consultado el 23 de Marzo de 2012].

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

ARTÍCULO 7º. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

ARTÍCULO 8º. DEFENSA. [Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible] En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
- b) [Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** EXEQUIBLE] No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;
- c) No se utilice el silencio en su contra:
- d) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse;
- e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;
- f) Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él;
- g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;
- h) Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan;
- i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer;
- j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;
- k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;

- l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor³².

Pasando al tema específico de la Justicia Penal Militar, se debe tener en cuenta la legislación aplicable para este tipo de fuero especial, es así que la Ley 522 de 1999, en cuanto al debido proceso plasmó el siguiente articulado:

ARTÍCULO 6. LEGALIDAD. Nadie podrá ser imputado, investigado, juzgado o condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal militar u ordinaria vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a una pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. Tampoco podrá ejecutarse pena o medida de aseguramiento en condiciones diferentes a las establecidas en la ley.

(...)

ARTÍCULO 16. JUEZ NATURAL. Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometa delitos contemplados en este Código u otros en relación con el servicio, solo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este Código en instituidos con anterioridad a la comisión del hecho punible³³.

De otra parte, el nuevo Código Penal Militar, Ley 1476 de 2011, el cual se encuentra vigente en la actualidad consagra algunos de los elementos del debido proceso, pronunciándose en su articulado así:

ARTÍCULO 2°. LEGALIDAD. El personal destinatario de esta ley será investigado y declarado responsable administrativamente, de conformidad con las disposiciones y procedimientos establecidos en la presente normatividad.

ARTÍCULO 3°. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Los destinatarios de esta ley se presumen inocentes mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

³²CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. [En línea]. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0906_2004.html [Consultado el día 23 de Marzo de 2012].

³³CÓDIGO PENAL MILITAR. [En línea]. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0522_1999.html [Consultado el día 23 de Marzo de 2012].

(...)

ARTÍCULO 5°. *DEBIDO PROCESO*. El destinatario de la actuación administrativa, será procesado conforme a las leyes sustantivas y procesales preexistentes al acto que se le atribuya, ante funcionario competente previamente establecido y observando la plenitud de las formas del procedimiento regulado en la Constitución Política y en esta ley.

(...)

ARTÍCULO 11. *DERECHO DE DEFENSA*. Durante la actuación administrativa, el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un defensor si lo considera necesario. Cuando sea declarado persona ausente, deberá estar representado por un defensor de oficio, que podrá ser un estudiante de consultorio jurídico debidamente acreditado³⁴.

Puede observarse, que el nuevo Código Penal Militar, el cual entró en vigencia desde el mes de Julio de 2011, tiene un contenido más amplio en cuanto al debido proceso se refiere en aquellas causas que se adelanten por la Justicia Penal Militar, cuando así lo amerite la comisión de conductas punibles en actos propios de servicio.

Así mismo, queda claro, que al realizar un análisis del compendio normativo descrito con anterioridad, tanto nacional como internacional, es evidente que todas las normas se encaminan al mismo fin y tienen el mismo sentido, cual es la protección de las personas involucradas en cualquier tipo de causa, sobre todo en la parte penal, garantizándoles unas garantías mínimas que deben respetarse en todo tiempo y lugar.

No es óbice para ningún ciudadano, tribunal o juez en Colombia ni en el mundo que acate los tratados internacionales, hacer caso omiso a dichas garantías, sólo por hecho de estar frente a presuntos infractores de la ley penal, la cual establece mínimos para mantener la convivencia pacífica y armoniosa en un territorio. Esta figura es la forma de poner límites al Estado, para que las decisiones judiciales se profieran en

³⁴CÓDIGO PENAL MILITAR. [En línea]. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1476_2011.html [Consultado el día 20 de Marzo de 2012].

Derecho, con imparcialidad, sin apego a decisiones políticas o apreciaciones personales.

Tan es así así que la Corte Constitucional en sentencia de tutela señaló refiriéndose al debido proceso penal y al derecho de defensa como garantía procesal que:

El derecho de defensa, como parte integral del debido proceso debe ser garantizado al interior de cualquier actuación judicial o administrativa, sin embargo, éste adquiere una mayor intensidad y relevancia en el campo penal, en razón de los intereses jurídicos en juego como la libertad, máxime si se tiene en cuenta las consecuencias que conlleva para el sindicado una sentencia condenatoria. En ese orden de ideas, se puede concluir que la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, está enfocada en impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado³⁵.

La ley colombiana ha tomado como ejemplo y ha acatado la normatividad internacional que para el caso del debido proceso se aplica, es más, ha incorporado mediante el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política este tipo de normas internacionales sobre el tema, entre otros.

6.2.1. Elementos del debido proceso en Colombia: definiciones jurisprudenciales

En aras de determinar cuales son los elementos o principios que componen el debido proceso, es necesario realizar una desagregación normativa del contenido del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, norma en la cual se plasma como derecho fundamental el debido proceso, que como ya se dijo, debe tenerse en cuenta en cualquier tipo de causa, pero sobre todo en las causas de tipo penal.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-105-2010. MP. JORGE IVAN PALACIO PALACIO. [En línea]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-105-10.html> [Consultado el día 01 de Mayo de 2012].

6.2.1.1. Principio de legalidad. El artículo 29 constitucional en el párrafo segundo señala que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”³⁶, de este aparte se desprende el principio de legalidad, que bien ya se mencionó, corresponde al derecho que tiene toda persona de ser juzgado conforme a leyes y condenas o sanciones que hubiesen sido previstas antes de la comisión de la conducta punible, razón obvia por la cual, nunca una ley penal podrá tener efectos retroactivos.

Este principio fue positivizado como resultado de ejemplos vividos en la historia mundial, donde después de la comisión de actos de barbarie, cuyo más claro ejemplo, se encuentra en la segunda guerra mundial con el exterminio de los judíos por parte de los nazis alemanes, donde no se encontraba norma alguna que contemplara estas conductas como delitos y menos se instituían tribunales para juzgarlos.

Debió la comunidad mundial, crear tribunales, tipificar conductas y crear sanciones posteriores a los hechos, cuando creó el Tribunal de Nüremberg, que representó a pesar de la intención de sancionar aquellas arbitrariedades cometidas por los alemanes, en una clara violación a este principio *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*; también se tiene como ejemplo del tribunal de Yugoslavia, el Tribunal de Tokio instaurado después de la primera guerra mundial y el tribunal de Ruanda, entre otros.

6.2.1.2. Juez natural. El artículo en comento continúa señalando que el proceso se desarrollará “(...) ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)”³⁷.

³⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Óp. Cit., artículo 29.

³⁷ *Ibid.*, artículo 29.

Como bien lo señala la Corte Constitucional, el principio del juez natural, es “la garantía constitucional del justiciable consistente en que la autoridad a la que se somete la controversia jurídica debe estar revestida de la competencia para conocer dicho asunto, con fundamento en la Constitución o la ley”³⁸.

De igual manera se pronunció la Corte señalando que:

El derecho al juez natural constituye una de las garantías básicas que, junto al complejo del derecho de defensa y el principio de legalidad, definen el debido proceso. (...) es consustancial al juez natural que previamente se defina quiénes son los jueces competentes, que éstos tengan carácter institucional y que una vez asignada-debidamente-competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones al interior de una institución³⁹.

Para la Corte Constitucional,

El desconocimiento del juez natural constituye una violación del derecho al debido proceso, ya que implica la ausencia de uno de sus elementos fundamentales, esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan. Por esta razón la Corte ha sostenido que la ausencia de juez competente no es una simple irregularidad sino un error que afecta la legalidad del proceso⁴⁰.

6.2.1.3. Principio de favorabilidad. Consiste, de acuerdo al artículo 29 de la Constitución, en que la “ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”⁴¹.

En cuanto a este principio, la Corte Constitucional se pronunció señalando que,

³⁸ CORTE COSTITUCIONAL. Sentencia T-386-02. MP. RODRIGO ESCOBAR GIL. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-386-02.html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012].

³⁹ *Ibid.*, sentencia SU-1184-01.

⁴⁰ *Ibid.* Sentencia T-386-02.

⁴¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Óp. Cit., artículo 29.

Dada la existencia de esta cláusula, cuando existe una situación de tránsito legislativo, las autoridades judiciales deben observar las normas vigentes aplicables al caso concreto, e igualmente valorar los efectos de las mismas en la situación. De esta manera, si evidencia un resultado más benigno con la aplicación de la ley posterior debe preferir ésta.

(...)

El principio de favorabilidad penal es un límite a los efectos de aplicación de una ley en situaciones de tránsito. Así, en sentencias C-619 de 2001 y C-200 de 2002 la Corte sostuvo que las leyes penales benéficas se aplican de manera retroactiva, es decir que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

(...)

En virtud de la interpretación sobre el principio de favorabilidad, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el mismo se encuentra supeditado a la existencia de situaciones análogas reguladas de manera diferente en la normatividad. Por tanto, en el evento de evidenciarse la existencia de una norma más favorable en el nuevo sistema relacionada con instituciones que guardan la misma identidad debe aplicarse la norma más benéfica⁴².

6.2.1.4. Principio de presunción de inocencia. El artículo 29 señala que “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”⁴³.

En sentencia del año 2009, la Corte Constitucional se pronunció ampliamente y de una manera concreta sobre este principio, estableciendo que,

Uno de los principios que expresan este criterio de legitimidad de las actuaciones públicas-administrativas y jurisdiccionales-es el de presunción de inocencia. Dicho principio aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y por consiguiente también en materia disciplinaria. De esta forma, como lo ha establecido esta Corporación, quien adelante la actuación deberá conforme las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona (i) es una conducta establecida como sujeto disciplinable; (ii) que la ocurrencia de dicha conducta se encuentra efectivamente probada y (iii) que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas de un Estado

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Óp. Cit., sentencia T-015-07.

⁴³ CONSTITUCION POLÍTICA. Óp. Cit., artículo 29.

Constitucional. Dicho principio es una garantía constitucional frente al poder punitivo⁴⁴.

Años más tarde, y conservando la misma línea jurisprudencial, la Corte se pronunció respecto al *in dubio pro reo*, diciendo que:

Este derecho que tiene rango de derecho fundamental acompaña así, como ha precisado la corte, al acusado desde el inicio de la acción penal hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Además ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado⁴⁵.

En relación con este punto, el Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ, fungiendo como Magistrado Ponente, expresó en sentencia de constitucionalidad que:

Este principio tiene aplicación no sólo en el enjuiciamiento de conductas delictivas, sino también en todo el ordenamiento sancionador-disciplinario, administrativo, contravencional, etc.-, y debe ser respetado por todas las autoridades a quienes compete ejercitar la potestad punitiva del Estado.

(...)

Como es de todos sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la Administración decide ejercer su potestad sancionatoria tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado⁴⁶.

6.2.1.5. Derecho de defensa. Se consagra en el artículo 29 examinado como el derecho que tiene todo sindicado a una asistencia técnica, quien de no tener la posibilidad de escoger uno de confianza, por razones económicas por ejemplo, el

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Óp. Cit., sentencia T-969-09.

⁴⁵ *Ibíd.*, sentencia C-744-01.

⁴⁶ *Ibíd.*, sentencia C-244-96.

Estado deberá garantizarle la asistencia de uno de oficio para el desarrollo total del proceso. A este derecho, se circunscribe igualmente el derecho de contradicción.

La Corte Constitucional se pronunció respecto a este tema, aclarando que:

El debido proceso implica también la garantía del derecho de defensa, esto es, el derecho que le asiste a toda persona de controvertir aquello que se le imputa pues, en efecto, desconocería el ordenamiento superior con vulneración de las garantías propias de los derechos de las personas, la forma procesal que impidiera ejercer la defensa dentro de una causa, como sucedería cuando la misma impidiera a los interesados conocer idóneamente de la realización de una determinada actuación o de la adopción de una decisión que los afecta. De esta forma, se viola el derecho de defensa cuando las autoridades judiciales o administrativas adoptan decisiones sin seguir el procedimiento regular, previamente establecido en la ley, que forzosamente debe respetar el derecho de contradicción o defensa de quien se encuentra vinculado a una actuación⁴⁷.

La misma Corporación precisó en el año 2001 que:

El concepto de defensa técnica como el derecho del sindicado a escoger su propio defensor y de no ser ello posible a ser representado por uno de oficio designado por el Estado, quien a su vez debe tener un nivel básico de formación jurídica, sin perjuicio de que el procesado pueda adelantar actuaciones en su propia defensa en los términos que señala la ley. Igualmente esa defensa debe ser ininterrumpida tanto en la etapa de la investigación como en la de juzgamiento⁴⁸.

Con ponencia del Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL, en sentencia del año 2005, la Corte describió que “el ejercicio concreto de la defensa está determinado por las facultades de la parte acusada, que son básicamente las de aportar pruebas, controvertir las allegadas al proceso e impugnar las providencias proferidas dentro del mismo”⁴⁹.

⁴⁷ Ibid., sentencia T-386-02.

⁴⁸ Ibid., sentencia T-610-01.

⁴⁹ Ibid., sentencia T-066-05.

6.2.1.6. Principio de celeridad. Entendido como el derecho que tiene todo investigado a que el proceso que se adelanta en su contra se lleve a cabo sin dilaciones injustificadas.

En cuanto a este principio, con ponencia del Doctor JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, la Corte Constitucional estableció su concepto señalando que:

Toda persona tiene derecho a que los trámites judiciales en que participe como demandante, demandado e incluso como tercero no se vean afectados por retrasos injustificados, pues ello iría en detrimento no solo del derecho al debido proceso sin dilaciones injustificadas sino al derecho al acceso a una real y efectiva administración de justicia, dado que la resolución tardía de las controversias equivale a una falta de tutela judicial efectiva.

(...)

Así, el derecho al acceso a la administración de justicia no puede interpretarse como algo desligado del tiempo en que deben ser adoptadas las decisiones judiciales durante las diferentes etapas del proceso por parte de los funcionarios, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se garantice dentro de los plazos fijados en la ley.

Una interpretación en sentido contrario implicaría que cada uno de los magistrados, jueces y fiscales podrían, a su leal saber y entender, proferir en cualquier tiempo las providencias judiciales, lo cual desconoce lo ordenado en el artículo 123 de la Carta Política en cuanto dispone que los servidores públicos, y dentro de esta categoría los funcionarios judiciales, deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento.

Como se ve existe una estrecha relación entre el acceso a la administración de justicia y el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas no obstante, no puede perderse de vista que el contenido esencial de este último difiere del de aquél, puesto que éste se refiere no a la posibilidad de acceso a la jurisdicción ni a la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas, sino a una razonable dimensión temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto. Esta razonabilidad establecida, en principio, por el legislador al expedir las normas que regulan los plazos para el desarrollo de los diferentes procesos y la adopción de las decisiones dentro de los mismos.

El Constituyente coherente con el reconocimiento que hizo de estas garantías estableció el siguiente mandato: *“Los términos procesales se observaran con diligencia y su incumplimiento será sancionado”* del cual se infiere, tal y como lo

ha precisado esta Corporación desde sus primeras providencias, que la Constitución Política de 1991 está inspirada, entre otros muchos, en el propósito definido de erradicar la indeseable costumbre, extendida entre los jueces pero también entre otros funcionarios públicos, de incumplir los términos procesales acarreado a los destinatarios de la administración de justicia, toda suerte de perjuicios en el ejercicio de sus más elementales derechos⁵⁰.

Cuando la Corte examinó la exposición de motivos de la reforma constitucional resaltó en sentencia del año 1992, lo dicho por el Constituyente Álvaro Gómez Hurtado, citándolo en su providencia de la siguiente manera:

Resulta inadmisibles que las autoridades públicas, en frente de los deberes que les imponga la Constitución y la ley con el afán de atender el interés general, puedan asumir actitudes pasivas e inertes, e incurran en conductas omisivas que, a la postre, constituyen inobservancia de sus deberes, con tal comportamiento defraudan-con muy graves consecuencias – las expectativas de los asociados que, esperanzadamente aguardan el obrar de sus autoridades⁵¹.

Dichos términos son fijados por los legislados en los distintos ordenamientos procesales que al ser normas de orden público imponen a los funcionarios judiciales y demás personas que administran justicia de adoptar todas las medidas pertinentes para lograr su cumplimiento. En este sentido la corte ha precisado que es indispensable que el juez propugne la vigencia del principio de la seguridad jurídica, es decir, que asuma el compromiso de resolver en forma diligente y oportuna los conflictos a él sometidos dentro de los plazos que define el legislador⁵².

Es por ello que la Honorable Corporación, ha calificado como parte integrante del derecho al debido proceso, el “derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos”⁵³.

Dentro de este aparte, se incluye el derecho que tiene todo sindicado o condenado a presentar pruebas en el desarrollo del proceso, a controvertir las allegadas por el operador judicial a impugnar las decisiones que se tomen en su contra.

⁵⁰ Ibid., sentencia T-030-05.

⁵¹ Ibid., sentencia T-431-92.

⁵² Ibid., sentencia C-037-99.

⁵³ Ibid., sentencia T-006-92.

6.2.1.7. Prohibición de la doble incriminación. Conocido como el principio del *non bis in ídem*, consistente en el derecho que tienen las personas a no ser juzgadas dos veces por el mismo hecho, también se amplía su entendimiento al concepto de cosa juzgada, lo que genera seguridad jurídica en el campo penal.

En sentencia del año 2001 la Corte Constitucional estableció que si bien es cierto,

La prohibición del *non bis in ídem* no acarrea la imposibilidad de que unos mismos hechos sean castigados por autoridades de distinto orden; tampoco que esos hechos sean apreciados desde perspectivas distintas. Pero sí conlleva que autoridades del mismo orden y mediante procedimientos diversas sancionen repetidamente la misma conducta, como quiera se produciría una inadmisibles reiteración del *ius puniendi* del Estado, y de contera, un flagrante atentado contra la presunción de inocencia⁵⁴.

Se puede observar de acuerdo al recorrido jurisprudencial que el debido proceso reúne ciertos elementos, que deben observarse en toda causa que se adelante contra un ciudadano, y que no, por su condición o el servicio que preste a la Nación puede desconocerse su aplicación, haciendo referencia en particular a los militares que resultan involucrados en investigaciones de carácter penal o disciplinario, ya sea la justicia penal militar o la justicia ordinaria la que los investigue, pues quienes ejercen la autoridad tienen los derechos iguales e inalienables que tiene cualquier otro ser humano titular de ellos.

⁵⁴ Ibid., sentencia C-554-01.

7. JUSTICIA PENAL MILITAR: APLICACIÓN Y PROBLEMÁTICA

Después de realizar una compilación de la normatividad aplicable a todo ciudadano Colombiano, incluidos aquellos que integran las Fuerzas Armadas, respecto a los derechos y garantías que le asisten a toda persona que resulta investigada dentro de una causa penal o disciplinaria, resumidas estas en el principio o derecho fundamental conocido como debido proceso, es pertinente hablar de la existencia de la justicia penal militar y del fuero especial que ella implica para las personas que integran las instituciones castrenses.

Es importante determinar, si en desarrollo de esa excepción que recae sobre militares en servicio activo, se da cumplimiento a todos los elementos que conforman el llamado debido proceso, sobre todo cuando el investigado pierde la accesibilidad a ese régimen especial consagrado constitucionalmente, por el rompimiento de los elementos subjetivos que se requieren para la aplicación de este tipo de competencia excepcional y la conveniencia de dicho rompimiento para la seguridad jurídica de las tropas de tierra mar y aire, realizando una reflexión del conjunto de postulados legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre el tema.

7.1. ORIGEN DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Según Valencia⁵⁵ el origen de la justicia penal militar se encuentra en la historia española, naciendo del fuero penal militar institución propia de las legiones romanas, el cual consistió en la formulación de un decreto por parte de Carlos III, donde estableció que los delitos cometidos por militares serían juzgados por tribunales castrenses.

⁵⁵ VALENCIA TOVAR, Álvaro. Fuero Penal Militar y Justicia Penal Militar: una tradición histórica de la jurisprudencia colombiana. [En línea] Disponible en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/agosto2002/fuero.htm> [Consultado el 20 de Mayo de 2012].

De acuerdo a la recopilación histórica realizada por este autor, la justicia penal militar comenzó a dar forma en Colombia, en cabeza del General Francisco de Paula Santander, quien encargó al General Pedro Alcántara redactar un Código Militar.

En la publicación *Fuero Penal Militar y Justicia Penal Militar*, se señala respecto al origen en Colombia de la Justicia Castrense, lo siguiente:

La primera aplicación conocida de la Justicia Militar ocurrió durante la Primera República y se sujetó al Derecho español. Cuando Antonio Nariño, investido del mando del Ejército Unido de la Nueva Granada adelantaba la campaña del Sur, tres millares europeos, Manuel Roergaz de Serviez, Cortés de Campomanes y el barón de Schanbourg incurrieron en conductas que hicieron pensar al Comandante en Jefe en una insubordinación con perfiles de conjura contra él. De inmediato ordenó abrir un expediente, ordenó separarlos del Ejército y los remitió a Santafé para que fueran juzgados todo dentro de la normatividad del Derecho español.

(...)

Restablecida la República con la victoria de Boyacá, la Justicia y el Fuer Militar recobraron plena vigencia y así continuaron durante el siglo XIX, con reformas menores, pero con reconocimiento constitucional en todas las Cartas promulgadas a lo largo de esa centuria turbulenta (las de 1830, 1832, 1853, 1858, 1863, 1886).

El Código Constitucional en 1811, promulgado bajo la presidencia de Jorge Tadeo Lozano, marca la adopción de la jurisprudencia militar española en los albores de la emancipación, al establecerse en el Título Octavo, "De la fuerza pública": Artículo 1º. *"El fuero militar se conservará como hasta aquí"*. Se sentó así la piedra sillar del concepto que predominó a lo largo de todo el proceso constitucional colombiano. Para entonces no se hablaba aún de Justicia Penal Militar. El fuero era la única diferencia con la justicia ordinaria⁵⁶.

En la Constitución de 1886, en dos de sus artículos se estableció lo referente al fuero penal militar así:

⁵⁶ *Ibíd.*

ARTÍCULO 169. Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley.

ARTÍCULO 170. De los delitos cometidos por los militares en servicio activo en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar⁵⁷

La redacción de esta Constitución dejó palmaria la existencia de un fuero penal militar, explicando su necesidad, en que su ejercicio y aplicación requieren una especialísima experiencia y conocimiento sobre el funcionamiento interno de la Institución Castrense, para el entendimiento del contexto donde se presentan las conductas punibles al interior de las Fuerzas Militares, conocimiento del que carecen en ocasiones, los funcionarios de la justicia ordinaria, y que algunas veces generan errores en el procedimiento y enjuiciamiento de los militares implicados en procesos penales, lo que puede presentarse como una de las principales falencias que afectan en la actualidad para su defensa, tema que se ampliará más adelante.

En la Constitución de 1991 se mantuvo la misma redacción respecto al fuero y la justicia penal militar, plasmada esta en los artículos 220 y 221, salvo que las expresión “militares”, fue remplazada por el concepto de miembros de la Fuerza Pública, conservando la situación jurídica, referente a que este fuero sólo se aplicaría para delitos cometidos en servicio activo y en relación con el mismo servicio, es decir, el contenido de fondo de estas descripciones normativas, no varió en el cambio constitucional, sólo que en el caso de la Constitución del 91, se presentó un amplio análisis de sus elementos por parte de la Corte Constitucional como se verá más adelante.

⁵⁷CONSTITUCIÓN POLÍTICA 1886. [En línea] Disponible en: [https://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/cp/constitucion_politica_1986_pr003.html#TITULO XVI](https://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/cp/constitucion_politica_1986_pr003.html#TITULO_XVI) [Consultado el 21 de Mayo de 2012].

7.2. JUSTICIA PENAL MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN

Una vez dilucidada una breve historia sobre el nacimiento de la Justicia Penal Militar en Colombia, es de vital importancia determinar dentro de la Constitución las ramas del poder público, donde se ubica este tipo de justicia, las implicaciones que esto tiene para su funcionamiento y decisiones que se toman en los procesos de su competencia.

El artículo 221 de la Constitución Política, a la letra reza:

ARTÍCULO 221. 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 retiro⁵⁸.

Véase que este artículo está ubicado dentro de la Carta en el Capítulo VII – De la Fuerza Pública –, que a su vez pertenece al Título VII de la Constitución de 1991, referente a la Rama Ejecutiva.

De lo anterior se concluye que la Justicia Penal Militar no forma parte de la Rama Judicial del poder público, a pesar de que su función consiste en administrar justicia, como lo dejó plasmado el artículo 116 constitucional que expresó lo siguiente: “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 y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar”⁵⁹.

Visto como está y como bien lo señaló la Corte Constitucional:

⁵⁸ CONSTITUCION POLITICA. Óp. Cit. Art. 221.

⁵⁹ Ibíd. Art. 116.

Si algún órgano, organismo, funcionario o persona, como dice la jurisprudencia transcrita, no forma parte de la estructura a la que se refiere el Título VII de la Carta, aunque administre justicia no formará parte de la Rama Judicial, Tal es el caso de las personas que conforman la Justicia Penal Militar y entre ellas los fiscales llamados a actuar en las causas que en esa jurisdicción se ventilan, quienes atendiendo a la organización que el constituyente determinó respecto de las ramas del poder público, pertenecen a la Rama Ejecutiva⁶⁰.

He aquí el primer vacío que se encuentra para la defensa de los miembros de las Fuerzas Militares, el hecho que la Justicia Penal Militar de acuerdo a la Constitución Política de 1991, pertenezca a la Rama Ejecutiva, y no a la Rama Judicial ha generado que Tribunales Internacionales e incluso los mismos Despachos Judiciales dentro del país, acudan a manifestar que las providencias de este tipo de Justicia son simples medidas administrativas y no decisiones con el tecnicismo jurídico necesarios, para adquirir el valor de fallos en justicia.

Ha sido amplia y reiterada la jurisprudencia que ha esclarecido que la Justicia Penal Militar no hace parte de la Rama Judicial, y hasta la fecha han sido fallidos los intentos de cambiar la Rama a la cual pertenece, en este momento, la Rama Ejecutiva; generar este cambio, estaría acorde a las democracias representativas de un Estado Social y Democrático de Derecho y todo lo que el paso de una rama otra traería consigo.

El proyecto que actualmente cursa en el Senado de la República, referente a una reforma constitucional para supuestos cambios en el manejo del fuero penal militar, podría considerarse en algunos de sus apartes, no más que un sofisma de distracción para los integrantes de las Fuerzas Militares y para los ciudadanos colombianos que respaldan su actividad, pues lo que se requiere es una solución de fondo para erradicar la inseguridad jurídica de los militares y miembros de la Policía Nacional.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Óp. Cit. Sentencia C-361/01

Las Fuerzas Militares, requieren un marco jurídico que respalde su actividad, ordenada esta por la Constitución, y un primer paso para ello, podría ser lograr la ubicación de la Justicia Penal Militar en la Rama Judicial, como se mencionó en el párrafo anterior, entendiéndola como una jurisdicción especial, es decir, que sea ubicada en el Título VIII-Rama Judicial-Capítulo 5-De las Jurisdicciones Especiales, junto con los pueblos indígenas y los jueces de paz, haciendo claridad que las decisiones que se profieran dentro de esta jurisdicción tendrían la calidad de sentencias judiciales definitivas, y que tengan la calidad de antecedentes penales, siendo así parte orgánica de la Rama Judicial, lo que cambiaría a la luz del ordenamiento jurídico interno e internacional, el resultado y fin de las decisiones que estos Tribunales profieran.

Darle la calidad a la Justicia Penal Militar, de una Jurisdicción Especial, significaría que toda clase de delitos pudieran ser de competencia de este tipo de Tribunales, sin necesidad de que entre a hacerse excepción alguna a delitos de lesa humanidad o infracciones del Derecho Internacional Humanitario por parte de sus miembros como hasta ahora lo contempla la ley colombiana y la interpretación jurisprudencial, claro está, esto mediado por el compromiso Institucional de la investigación imparcial, veraz y sin prebendas para quienes resulten involucrados en este tipo de procesos.

Lo anterior en atención a que en el pasado la Justicia Penal Militar, ocultó y dejó de investigar y sancionar imparcialmente muchas conductas ilícitas por parte de sus miembros, o por lo menos esa es la visión que dejó ante la comunidad nacional e internacional, entre ellas algunos homicidios en persona protegida, lo que generó la desconfianza y falta de legitimidad de las actuaciones de estos Despachos y Tribunales, concepto que en este momento histórico es necesario cambiar, para lograr el cometido de la justicia y así mismo la protección jurídica de los hombres que integran las Fuerzas Militares, no para “tapar” sus actos, sino que sean juzgados y sancionados por el juez natural que por derecho les corresponde.

El fin de esta modificación de la ubicación en las ramas del poder público de la Justicia Penal Militar radica en primera instancia en conservar su independencia, la especialidad del conocimiento de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública y la experiencia que se requiere para entender su actividad y misión, descartar la idea que las decisiones de este tipo de justicia son simples decisiones administrativas, sino que sean vistas por la comunidad internacional como el resultado de un eficaz sistema de justicia, y crear la necesidad de la implementación de un régimen de ascenso propio para el Cuerpo de la Justicia Penal Militar, que permita la independencia, transparencia e imparcialidad de sus actuaciones y decisiones, sin sujeción a órdenes de superiores, ni a coacciones con el estandarte de ascensos o traslados.

Para el cumplimiento de esos fines se mantendría dentro de estas causas penales la intervención y vigilancia del Ministerio Público, representado por la Procuraduría General de la Nación, que mediante sus funcionarios, que deberán recibir una capacitación especial en Derecho Internacional Humanitario, DICA y Derecho Operacional, ejercerán la supervigilancia en los procesos, en calidad de sujetos procesales como hasta el momento se ha hecho, para así, garantizar la correcta impartición de justicia, la imparcialidad y la toma de decisiones que en Derecho correspondan, sean estas favorables o no para el personal de la Fuerza Pública investigado por conductas violatorias de la ley, pero siempre ajustadas al resultado del recaudo probatorio.

7.3. EL FUERO PENAL MILITAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Es importante señalar, para dar inicio a este tema, que la Justicia Penal Militar, y como tal el fuero penal militar, se desprenden de la Norma Superior que rige en Colombia, cual es la Constitución Política, estableciendo que a los integrantes de las Fuerzas

Militares y la Policía Nacional, se les debe aplicar un régimen especial, en razón a las condiciones especiales y particulares de la actividad que realizan.

Es así que el artículo 221 de la Carta Política señala que: “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 militar, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”⁶¹.

En desarrollo y cumplimiento de dicho contenido normativo la Ley 522 de 1999, en su artículo 1º dispuso respecto a la aplicación del Código, lo siguiente:

ARTÍCULO 1. FUERO MILITAR. 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 los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

ARTÍCULO 2. DELITOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regular la actividad de la Fuerza Pública

ARTÍCULO 3. DELITOS NO RELACIONADOS CON EL SERVICIO. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia⁶².

Se observa que en este Código que estuvo vigente hasta el mes de Agosto de 2010, se establecieron dos situaciones evidentes, correspondientes a los requisitos que debe cumplir un hecho para estar bajo el amparo del fuero penal militar, explicando que sólo

⁶¹ CONSTITUCION POLÍTICA. Óp. Cit., artículo 221

⁶² LEY 522 DE 1999. [En línea] Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0522_1999.html. [Consultado el 05 de Mayo de 2012].

serían de competencia de la Justicia Penal Militar, aquellos delitos relacionados con el servicio, derivados de la función militar o policial.

De otra parte, se aclaró taxativamente que los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada en los términos definidos internacionalmente, nunca serían de competencia de este Régimen Especial, dejando la investigación de los mismos a la justicia ordinaria, en el errado precepto, que la justicia ordinaria, es mejor que la militar.

Posterior a este código se promulgó la ley 1407 de 2010, la cual entró en vigencia en el mes de Agosto del año de 2010, aplicable a aquellas conductas cuya comisión se hubiese presentado con posterioridad al 01 de Enero de mencionado año.

Este nuevo código, mantuvo la descripción que se hacía en el Estatuto Punitivo Castrense anterior, en cuanto a la descripción y entendimiento del significado del fuero penal militar y los delitos que podían incluirse dentro de él, señalando lo siguiente en sus primeros artículos:

Artículo 1°. Fuero Militar. 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 los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

Artículo 2°. Delitos relacionados con el servicio. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado.

Artículo 3°. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función

constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio⁶³.

Obsérvese que en el nuevo Código la descripción normativa de los delitos que no se relacionan con el servicio y por ende no son de competencia de la justicia penal militar, fue ampliada, extendiendo su alcance además de los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, a los delitos de lesa humanidad, a las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, incluso dejando una gran puerta abierta, al mencionar que se incluirían aquellas conductas contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, lo que se podría prestar en ocasiones a interpretaciones subjetivas, siendo estas causales, de acuerdo a la voluntad del legislador, del rompimiento del nexo causal del agente con el servicio.

Además de lo anterior, se ha podido evidenciar que tanto en vigencia del anterior Código Penal Militar, como del que en la actualidad se encuentra en aplicación, se han generado situaciones dentro de los procesos, sobre todo por muertes resultantes del desarrollo de operaciones militares, que han afectado el derecho de defensa de los militares inmersos en ellos, afectando varios de los elementos constitutivos del debido proceso, explicado en el primer capítulo del presente artículo, que en su mayoría se circunscriben a las siguientes situaciones, así:

1. Como quiera que la Justicia Penal Militar no contaba con un cuerpo técnico de investigación, debía recurrir a la SIJIN o al CTI, para que realizara los actos urgentes tales como el levantamiento de los cadáveres, recolección de elementos probatorios, toma de muestras, toma de registro fotográfico y/o filmico, frente a esta situación se presentaban dos problemáticas:

⁶³ LEY 1407 DE 2010. [En línea] Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2010/ley_1407_2010.html [Consultado el 02 de Junio de 2012]

a) En muchísimos de los casos de muertes en desarrollo de operaciones militares, las cuales generalmente se presentaban en áreas de difícil acceso y de riesgo por su situación de orden público, el personal del cuerpo técnico se negaba a ingresar a realizar las diligencias pertinentes, argumentando riesgo para su seguridad, lo que resultó un hecho generador de falta de recolección de pruebas de vital importancia para la defensa posterior del personal que había participado en las operaciones, en el desplazamiento de los cuerpos hasta las Unidades Militares puesto que las diligencias se realizaban en esos sitios, adoleciendo de pruebas técnicas que era de vital importancia tomar en el sitio exacto donde se presentaron los hechos.

De lo anterior se concluye la falta de compromiso por parte de las autoridades judiciales para con las Fuerzas Militares, en cuanto a la recolección de pruebas se refiere y su presencia como policía judicial designada por el ordenamiento jurídico colombiano, en los lugares de los hechos, para garantizar una correcta investigación.

b) En segundo lugar, y en situaciones donde estos primeros actos básicos para recolección de pruebas que permitían demostrar la veracidad de los hechos al momento de iniciar investigaciones por muertes en desarrollo de operaciones militares, se ha observado que estos cuerpos técnicos, incluidos los médicos legistas, fallaron al momento de dar dictámenes o recoger pruebas, por ejemplo, en la mayoría de casos dejó de practicarse la prueba de residuo de disparo en mano, la cual podría considerarse una prueba de vital importancia para demostrar la actuación a la luz de la ley por parte de la tropa, ya sea por desconocimiento de los técnicos judiciales, o aduciendo falta del equipo necesario para hacerlo.

Se ha señalado en muchos casos, al momento de realizar la necropsia, que los impactos de arma de fuego, se presentaron como tatuajes, indicando los llamados “tiros de gracia”, descartando de plano un combate, entre la tropa y

el personal que resultaba muerto en desarrollo de operaciones, señalamientos en veces equivocados por falta de preparación por parte de los médicos en este ámbito, incluso porque en algunas ocasiones las necropsias eran realizadas por médicos rurales que no tenían la debida preparación para llevar a cabo este tipo de diligencia, que compromete la inocencia o culpabilidad posteriormente del personal militar.

El personal de la Policía Judicial ingresa al sitio de los hechos para verificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se

Lo anterior, sólo son algunos casos en los que la policía judicial por su negligencia o falta de compromiso estatal ha generado que muchos miembros de la Fuerza Pública no tengan herramientas para ejercer una contradicción respaldada por pruebas frente a las acusaciones, subjetivas, muchas veces por parte de la Fiscalía.

Entre a cuestionar si el levantamiento de un cadáver de la zona se hace o no en la noche de los hechos, para el adelantamiento de la investigación ni modo, para determinar

- c) Otra evidencia de la desigualdad en la que se encuentran los integrantes de las Fuerzas Militares en este ámbito, corresponde al trato diferenciado para las víctimas de una muerte en desarrollo de un combate e incluso cuando militares son afectados por infracciones al Derecho Internacional Humanitario por parte del sistema rival.

Las Fuerzas Militares, las cuales son denunciadas por los reportes Unidos Militares de la cual son orgánicos los víctimas de las, no deberían ser, cuando que se quedan víctimas por mucho tiempo

Es así, que es de conocimiento general, que cuando se presenta la muerte en combate de un presunto integrante de una organización ilegal armada en armas, se tiene la concepción de la necesidad del ingreso de la policía judicial al sitio donde acaecieron los hechos, pese a los traspiés que se mencionan con anterioridad; en contraste, cuando un integrante de las Fuerzas Militares fallece como resultado de un enfrentamiento armado en desarrollo del conflicto, nadie percata que también estamos frente a una conducta ilícita, luego nadie exige, ni si quiera los mismos mandos dentro de la Institución,

que la Policía Judicial ingrese a realizar dichos actos urgentes y recolección de pruebas.

Es más, cuando un militar, es víctima en el área de operaciones de una mina antipersona, medio prohibido por la legislación internacional en desarrollo de conflictos armados internos, nunca la Policía Judicial ingresa al sitio de los hechos para verificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se presentó esa infracción al Derecho Internacional Humanitario por parte del sistema rival.

Es más, en estos casos la Fiscalía no entra a cuestionar si el levantamiento por ejemplo de un Soldado de la patria, se hizo o no en la escena de los hechos, para el adelantamiento de la investigación ni menos para determinar la responsabilidad del sujeto activo de la conducta ilícita.

Sumado a esto, muchas de esas infracciones al Derecho Internacional en contra de los miembros de las Fuerzas Militares, las cuales son denunciadas por las mismas Unidades Militares de la cual son orgánicos las víctimas de ellas, se convierten en procesos que se quedan inactivas por mucho tiempo en los Despachos de los Fiscales, sin que se profieran decisiones de fondo, expedientes en los que muchas veces, sólo reposan aquellos documentos que fueron anexados como pruebas en la propia denuncia.

2. Así también, se cuenta con el hecho que se determinó que ante cualquier duda en el desarrollo de este tipo de procesos, debía proponerse una colisión de competencias, que a la postre, siempre es resuelta por parte del Consejo

Superior de la Judicatura, como favorable a la justicia ordinaria, pues la misma ley mencionada que las dudas se resolverán en favor de esta justicia.

Es lamentable que en algunos, sino es en muchos casos, esas dudas sólo se presentan por el hecho de que los familiares de los occisos resultantes de las operaciones militares, señalan que sus allegados nunca tuvieron nexo alguno con grupos armados al margen de la ley, sin siquiera entrar a investigar la realidad de dichas aseveraciones, y por el contrario, de plano, presumir la mala fe en el actuar de las tropas, violando el principio constitucional de presunción de inocencia y buena fe.

También, por el hecho de diferenciar algunas conductas que no serían nunca competencia de la Justicia Penal Militar, pese a darse en desarrollo de operaciones militares, como delitos de lesa humanidad e infracciones al DIH, generó la dualidad de investigaciones, las cuales una vez ocurridos los hechos, eran aperturadas por parte de la Fiscalía y al mismo tiempo por parte de los Despachos de la Justicia Penal Militar.

3. Lastimosamente y para perjuicio de la legitimidad de la Justicia Penal Militar, hay que decir, que entre los años 2004 a 2010 aproximadamente, se presentaron muchos hechos de muertes en desarrollo de operaciones militares, que no tuvieron en algunos casos ni siquiera apertura de investigación, teniendo en cuenta que de todas maneras era necesario proceder a investigar por cuanto se estaba frente a un HOMICIDIO, fuera este o no en desarrollo de una operación militar; así mismo, en otros casos, no se presentó una instrucción seria, integral y completa de los hechos que rodearon la operación que arrojó este resultado, la pérdida de documentación operacional y de inteligencia que servía de soporte

para las mismas, presentándose casos en que las investigaciones fueron archivadas sin mayor soporte probatorio.

De este contexto en la justicia penal militar, se desprendió el hecho que después de algunos años, saliera a la luz pública, en algunos casos, la verdad de los hechos, empezando por un reconocido hecho, los muertos encontrados en Ocaña (Norte de Santander), bajas que supuestamente habían sido dadas por tropas orgánicas de la Brigada Móvil No. 15, operaciones cuya legitimidad y veracidad se investiga, cuya primera sentencia en contra de seis militares involucrados fue proferida en Julio de 2011.

De esto, se desprendió que la Fiscalía asumiera y pugnara por asumir este tipo de investigaciones, reduciendo en gran manera la competencia e importancia de la justicia penal militar, violando una vez más el principio de juez natural al que deberían tener todos los militares, incluso los que transgreden la norma.

Es importante señalar en este momento, y acotándola como otras de las falencias que se puede ubicar dentro de los vacíos que afectan la defensa de los militares, que en las Unidades Militares se presentaron problemas con la confección, manejo y archivo de la documentación operacional y de inteligencia que deberían servir de respaldo para las operaciones en las que se presentan como resultante muertes de personas en combate.

En ocasiones, no se le dio la debida importancia a la redacción de las órdenes de operaciones, con errores incluso hasta de transcripción, fechas, firmas, los INSITOP a veces registraba presencia de tropas en lugares diferentes de donde se había obtenido el resultado operacional, lo que en ocasiones no era en el

fondo que las operaciones y los resultados se hubiesen obtenido de manera ilegal, sino que obedecían a la falta de atención y seriedad en la hechura de este tipo de documentos.

Muchas de las investigaciones que en la actualidad cursan en la Fiscalía en contra de persona militar, requieren a las Unidades Militares la documentación que antes se mencionó, y lastimosamente, este archivo, sobre todo, en lo que tiene que ver con años anteriores, no reposa en las Unidades, lo que crea la percepción que las operaciones sobre las que versan las investigaciones no tienen el debido respaldo documental, luego adolecen de legalidad, afectando nuevamente la defensa de los miembros de la Fuerza Pública.

Es de resaltar, la importancia que en este momento el Comando Superior le está dando a este tipo de documentación y al manejo archivístico de la misma, toda vez que esta se convierte en el soporte para la defensa de las tropas cuando cumplen su deber constitucional en el desarrollo del conflicto; si bien es cierto, habrá documentación de pasados años que no pueda recuperarse, en adelante los militares, por lo menos, tendrán el respaldo en el aspecto documental, para la defensa, sobre todo, cuando en la historia de nuestro país, el sistema rival está acudiendo a la “guerra jurídica”, que tiene dos enfoques, deslegitimar el accionar de la Fuerza Pública y desmotivar y desmoralizar a sus integrantes cuando se encuentran inmersos en procesos penales y disciplinarios y a veces manifiestan no contar con el respaldo de la Fuerza en su defensa, lo que en ocasiones influye en su desempeño en el teatro operacional.

Puede decirse, igualmente que en los últimos años, y como una falencia más en la defensa de los miembros de las Fuerzas Militares, se han presentado muchos errores de tipo técnico en este tipo de investigaciones, en lo que a la recolección de pruebas se

refiere, además de lagunas normativas, que permiten a la Justicia Ordinaria asumir la competencia de casos en cualquier momento, desprendiéndose de ello la inseguridad jurídica para el personal de las Fuerzas Militares y el claro desconocimiento del juez natural y por ende del fuero penal militar de origen constitucional.

Del análisis del articulado del nuevo Estatuto Punitivo Castrense, en lo referente al fuero penal militar y a los delitos de competencia de la justicia penal militar, debe reiterarse el argumento que fue mencionado con anterioridad referente a que aún en la actualidad no se ha presentado la solución de fondo que permita disolver la problemática que afecta la seguridad jurídica de los miembros de la Fuerza Pública que es su denominación constitucional como una jurisdicción especial.

Esto a la postre desaparecería la necesidad de discriminar los delitos que son o no de competencia de la Justicia Penal Militar, contrario a lo dicho por la Corte Constitucional en las múltiples jurisprudencias que a emitido respecto al tema del fuero penal militar,

7.3.1. Elementos del fuero penal militar: línea jurisprudencial. Respecto al fuero penal militar la Corte Constitucional ha emitido varios pronunciamientos con el fin de interpretar y dar alcance a este concepto y su aplicación en la realidad jurídica de Colombia.

GRÁFICO 1

SENTENCIAS ANALIZADAS EN LÍNEA DE FUERO PENAL MILITAR

| 1995 | 1996 | 1997 | 1999 | 2000 | 2001 | 2003 | 2008 |
|----------------------------------|----------------------|-----------------|----------|----------|-----------------------------------|----------------------|----------|
| C-141-95 C-399-95 C-444-95 | C-057-96 C-017-96 | C-358-97 | C-473-99 | C-878-00 | C-361-01 C-411-01 C-1149-01 | C-234-03 C-407-03 | C-533-08 |

La Corte Constitucional inicia sus pronunciamientos sobre el fuero penal militar con la sentencia C 141 de 1995, cuyo actor es Nelson Rafael Cortes Corvacho, quien presentó en su momento demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 656 del Decreto Ley 2550 de 1988, Código Penal Militar vigente para dicha época.

En esta sentencia de constitucionalidad⁶⁴ inicia la interpretación y alcance del fuero penal militar, señalando que el fuero militar no puede entenderse como una prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública o para favorecer la impunidad, puesto esto implicaría un trato particularizado más no diferenciado, como debe ser.

Posteriormente en sentencia C-399 de 1995 se determina por parte de la Honorable Corte, que es la misma Constitución la que establece “el fuero militar como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, por lo cual sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa⁶⁵”.

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Óp. Cit. Sentencia C-141/95.

⁶⁵ *Ibíd.* Sentencia C-399/05

En la sentencia C-358 de 1997, la Corte al analizar la demanda de constitucionalidad contra varios artículos del Decreto 2250 de 1988, da el primer esbozo de los elementos que deben confluír para que pueda darse aplicación al fuero penal militar dentro de un proceso adelantado contra un miembro de la Fuerza Pública, exigiendo que para su uso, se debe estar frente a una relación directa y próxima entre el delito y la función militar o policiva, señalando que este requisito “obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en puro privilegio estamental”⁶⁶.

La Corte inicia con esta sentencia, que puede considerarse la sentencia HITO en cuanto a fuero militar y sus elementos se refiere, convirtiéndose en la línea de aplicación de este tipo de prerrogativa, pues en este pronunciamiento este Alto Tribunal menciona que no todo delito 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 del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial”⁶⁷.

En esta sentencia tipo hito, la Corte⁶⁸ deja claro que “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.

⁶⁶ Ibíd. Sentencia C-359/95

⁶⁷ Ibíd. Sentencia C-358/97

⁶⁸ Ibíd.

Es aquí donde la Corte genera su primera interpretación sobre aquellos delitos que nunca serán de competencia de la justicia penal militar, pues en su concepto, en aquel momento donde se presenta un delito de lesa humanidad, se presenta inmediatamente el rompimiento del nexo funcional, pues al ser comportamientos manifiestamente contrarios a la dignidad humana pierden inmediatamente la conexidad con la función constitucional impuesta a la Fuerza Pública, correspondiendo su conocimiento a la justicia ordinaria.

Esta sentencia, se considera la sentencia hito en cuanto al tema del fuero militar, porque además de los análisis que se hacen dentro de ella, plasmados con anterioridad, se estudia la expresión plasmada en la propia Constitución de que la jurisdicción penal conocerá delitos cuando estos cumplan con dos requisitos, así:

- a) Que la conducta sea cometida por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo.
- b) Cuando la conducta esté relacionada con el servicio.

Se define el término servicio de acuerdo a la interpretación de la Honorable Corte Constitucional como:

Aquellas 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 pacífica⁶⁹.

En este orden de ideas, la Corte estableció que los operadores judiciales deberían realizar un análisis de si la conducta a investigar guarda una relación con una

⁶⁹ Íbid.

específica misión militar. Debe entonces el fuero cumplir con el elemento subjetivo, es decir, que el militar esté en servicio activo al momento de la comisión del hecho y con el elemento funcional, correspondiente a que se esté en desarrollo de la función militar que le es propia, luego, el concepto de servicio, no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice.

En ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, se estableció que para dar aplicación al fuero militar, “la función castrense debe aparecer nítida, esto es, que no se dude que se estaba en su desempeño legítimo, y que como consecuencia de su aplicación, que inicialmente no envolvía la comisión de hecho delictuoso alguno, ocurrió eventualmente el hecho criminoso”⁷⁰.

En la Sentencia C-358 de 1997 se definen por primera vez, en cuanto a la jurisprudencia se refiere, los requisitos que debe cumplir una conducta para que sean del ámbito de la justicia penal militar, precisándolos de la siguiente manera:

- a) 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. Por el contrario si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria.
- 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 delito de lesa humanidad (...) dada tal contracción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública

⁷⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto 23 de Agosto de 1989. [En línea] Disponible en www.cortesuprema.gov.co [Consultado el 02 de Junio de 2012]

- c) Que la relación con el servicio deber 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 aplicarse⁷¹.

En esta sentencia, igualmente la Corte precisa que la justicia penal militar conoce de la comisión de delitos relacionados con el servicio y no de actos del servicio, puesto que de acuerdo a la interpretación de este Alto Tribunal, señalar que todo delito cometido por un militar es de competencia de la Justicia Penal Militar vulneraría los límites establecidos por el Constituyente.

Continuando la línea por la que se ha ido siempre la Corte Constitucional, en Sentencia C878/00 con ponencia del Magistrado ALFREDO BELTRÁN SIERRA, se dijo que dos son los elementos que se requieren para la aplicación del fuero penal militar, el subjetivo-pertenecer en la Institución Castrense- y el funcional-la comisión del delito debe tener relación con el servicio-; se insiste, por parte de este Despacho, que la relación directa con el servicio, corresponde a las funciones directas asignadas por la Constitución a la Institución, factor que el últimas es el que decide la aplicación del fuero militar, pues es posible que un miembro de la Fuerza Pública, estando en servicio activo, incurra en un delito, desarrollando actividades al margen de la misión castrense encomendada.

Explícitamente esta sentencia determina que:

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 de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias⁷².

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Óp. Cit. Sentencia C-358/97

⁷² *Ibíd.*

El argumento fundamental de la Corte radica en que permitir que la jurisdicción penal militar conozca de delitos comunes, sería atentar contra el principio de juez natural y el derecho de igualdad; en esta sentencia, se deja claro que de no existir claridad entre el hecho y la relación funcional entre éste y el miembro de la Fuerza Armada, será la justicia ordinaria la competente para conocer y juzgar la conducta.

En resumen, puede establecerse que la Corte Constitucional ha sido clara en manifestar que para dar aplicación al fuero penal militar deben cumplirse ciertos requisitos, correspondiendo estos al factor subjetivo y el funcional, y que en caso de duda esta será resuelta a favor de la justicia ordinaria; así mismo, en la actualidad, ningún delito que se constituya como de lesa humanidad, o aquellas conductas que se consideren graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario, podrá ser conocidos de ninguna manera por la justicia penal militar, pues se presenta ipso facto un rompimiento del nexo funcional de la conducta con el fuero que ampara al funcionario que la comete, situación que no debería darse de esa manera, por los motivos que serán expuestos con posterioridad.

7.4. FUERO DISCIPLINARIO

Hablando del fuero militar, es necesario hacer referencia además de lo atinente al campo penal, el ámbito disciplinario, en cuyo desarrollo también se aplica un tratamiento diferenciado para los integrantes de las Fuerzas Militares de Colombia.

El origen del fuero disciplinario, al igual que del fuero penal militar, es netamente constitucional y se plasma en el artículo 217 de la Carta Política, al señalar que será la ley la que determinará el régimen en especial disciplinario que le será propio a las Fuerzas Militares.

En desarrollo de dicho artículo, el Congreso expidió en el año 2003 la Ley 836, “Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”, donde se reconocieron al igual que en las demás leyes que han sido mencionadas anteriormente, las garantías que hacen parte del debido proceso.

Así mismo se estableció en el artículo primero que si bien es cierto se permite que las Fuerzas Militares conozcan de los asuntos disciplinarios que se adelanten contra sus miembros, esto no se constituye como óbice para que el Estado, representado por la Procuraduría General de la Nación pueda ejercer el poder preferente sobre tales asuntos.

De acuerdo a la sentencia C-017/96 con ponencia del Magistrado ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, el fuero disciplinario se entiende como “la prerrogativa que la Constitución confiere a ciertos servidores públicos en virtud de la cual el juzgamiento de su conducta por hechos u omisiones que cometan en ejercicio de su cargo o por razón de él deber llevarse a cabo por autoridades distintas a las ordinarias”⁷³; de otra parte determinó que el hecho de que los miembros de la Fuerza Pública tengan un régimen especial, significa que “ciertos servidores, en razón de las especificidades de su función, tienen un régimen particular de faltas disciplinarias, que por ser especial, prevalece sobre el general”⁷⁴.

La existencia de un régimen especial, de acuerdo a este pronunciamiento de la Corte, y en cumplimiento de lo preceptuado por la propia Constitución, no obsta, para que el Ministerio Público, en virtud de sus facultades de vigilancia, ejerzan en cualquier momento el poder preferente.

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL. Óp. Cit. Sentencia C-017/96.

⁷⁴ *Ibid.*

No obstante lo anterior, la Procuraduría General de la Nación debe cumplir con ciertos requisitos para ejercer dicho poder, para de cierta manera pese a la facultad de super vigilancia que le da la Constitución, respetar ese Régimen Especial y el fuero que cobija a los miembros de las Fuerzas Militares, en cuando a la investigación y sanción de conductas constitutivas de faltas disciplinarias y que es ejercido en las Unidades Militares.

Para regular el ejercicio del poder preferente y que este no se aplique de manera tampoco arbitraria sino con las motivaciones que en Derecho correspondan, la Procuraduría General de la Nación expidió la Resolución 364 de 2002, fijando cierto parámetros para su aplicación, haciendo uso, por ejemplo de la facultad de super vigilancia, constituyéndose como sujeto procesal y dejando que la respectiva Oficina de Control Interno investigue y sancione si es del caso, esto en casos concretos, donde la importancia del disciplinado o la gravedad o trascendencia de los hechos lo ameriten.

De acuerdo a los referentes descritos en la Resolución 364 de 2002⁷⁵ el poder preferente será aplicado en casos particulares, que pueden enumerarse así:

1. Hechos de trascendencia por constituir presuntas violaciones a Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, contratación estatal, normas presupuestales, fiscales, moralidad públicas, entre otros.
2. Dudas sobre el cumplimiento del debido proceso y demás garantías procesales fijados por la Constitución y la Ley.
3. Se presenten cuestionamientos sobre la idoneidad, eficacia, transparencia e imparcialidad del órgano de control interno.

⁷⁵ RESOLUCIÓN 364-2002. [En línea]. Disponible en www.procuraduria.gov.co [Consultado el día 20 de Marzo de 2012].

En ese orden de ideas, puede determinarse que la Procuraduría ha dado elementos a las Fuerzas Militares para que se mantenga el respeto por el fuero disciplinario que recae sobre sus miembros, generando compromisos para la Institución, pues del correcto manejo de los procesos que se adelantan dentro de las Unidades Militares, de la idoneidad del personal que atiende este tipo de expedientes, la aplicación de las sanciones a que haya lugar cuando los hechos así lo ameriten, esto con el fin de garantizar que los militares sean investigados de acuerdo a la ley que para ellos fue creada y por funcionarios que tengan el conocimiento del contexto operacional y de las condiciones especialísimas del servicio que presta.

Haciendo instrucciones transparentes donde se absuelva al inocente y se sancione al culpable a la luz del Derecho, se constituye como la única forma para garantizar que el fuero disciplinario no se pierda, sobre todo en cuanto a investigaciones por conductas presuntamente constitutivas de homicidio en persona protegida, que son los expedientes sobre los que más comúnmente la Procuraduría General de la Nación ejerce el poder preferente.

En resumen, de una correcta, completa, imparcial e integral investigación disciplinaria, depende que los miembros de las Fuerzas Militares, sean investigados y sancionados o absueltos, por el operador disciplinario natural y especial que consagró el constituyente y bajo las leyes especiales del que el mismo Estado dotó a este tipo de servidores públicos, por su especial actividad, donde se observen los términos, garantías y pruebas necesarias para un real cumplimiento del debido proceso. Hacer las cosas de esta manera, evitaría que se presenten casos comunes, como el hecho de que en ocasiones la Procuraduría haciendo uso del poder preferente se lleve investigaciones en contra de personal militar, y luego de transcurridos incluso muchos años, los expedientes sean devueltos a las Unidades Militares sin que se practiquen pruebas, presentando en ocasiones inactividad procesal, recibéndolas con los términos de ley

vencidos, manteniendo al personal sub judice por tiempos interminables sin que se llegue a una decisión de fondo.

Desde el mes de Agosto de 2010 el nuevo Código Penal Militar Ley 1407 entró a regir en Ecuador, haciendo el cambio de sistema aplicable al acusatorio, sobrepasando el sistema de acusación oral ordinario y entró en vigencia, entre otros, que se han ido realizando, se dio solamente cinco años después de la presentación de la ley, la mención de algunos partidos políticos y organismos gubernamentales de afuera la justicia penal militar, entre otros.

1.1. SISTEMA ACUSATORIO EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Como ya se mencionó anteriormente, la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar incluye en este régimen penal de carácter especial el sistema acusatorio, más conocido como el sistema oral, el que puede decirse, sobrevive por los casos de delitos o faltas que se presentaron en la justicia ordinaria cuando está en vigencia.

La diferencia es que a la fecha en sí, la expedición de este nuevo Código no ha mejorado la situación jurídica de los militares que se encuentran presos en alguna investigación, toda vez que la Justicia Penal Militar son perteneciente a la Rama Ejecutiva y sumado a esto los delitos de esta naturaleza e infracciones si se refieren a este tipo de Desperchos.

Se debe tener en cuenta la aplicación para ciertos cometidos a partir de Enero de 2010, la aplicación de la ley que se realiza con el término de un año para adoptar el sistema acusatorio, lo que se debe tener en cuenta es que se debe tener en cuenta el movimiento de personal y recursos que este cambio de sistema

8. REFORMAS DE LA JUSTICIA Y EL FUERO PENAL MILITAR

Desde el mes de Agosto de 2010 el nuevo Código Penal Militar Ley 1407 entró a regir en Colombia, haciendo el cambio del sistema aplicable al acusatorio, sobrepasando inicialmente varios obstáculos para su promulgación y entrada en vigencia, entre ellos, que su sanción presidencial, se dio solamente cinco años después de la presentación del proyecto de ley, la intención de algunos partidos políticos y organismos internacionales de suprimir la justicia penal militar, entre otros.

8.1. SISTEMA ACUSATORIO EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Como se mencionó anteriormente, la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar instituyó en este régimen penal de carácter especial el sistema acusatorio, más conocido como el sistema oral, el que puede decirse, atraviesa por los mismos obstáculos o falencias que se presentaron en la justicia ordinaria cuando este se implementó.

Es pertinente señalar que a la fecha en sí, la expedición de este nuevo Código no ha representado una mejora para la situación jurídica de los militares que se encuentran inmersos en alguna investigación, toda vez que la Justicia Penal Militar aún pertenece a la Rama Ejecutiva y sumado a esto, los delitos de lesa humanidad e infracciones al DIH aún son vetados para este tipo de Despachos.

Este Código inicio su aplicación para delitos cometidos a partir de Enero de 2010, indicando en su texto que se contaba con el término de un año para adoptar el sistema oral, con todo el movimiento de personal y logístico que este cambio de sistema

requería, estando en este momento, en una aplicación a medias del Código, teniendo en cuenta que su parte sustancial se aplica pero la parte procedimental aún no se ha implementado.

La aplicación a medias de este nuevo Código, ha generado, entre otras consecuencias, que los abogados defensores, en uso de figuras legales ataquen el desconocimiento de la parte procedimental, el reconocimiento del principio de favorabilidad, la aplicación de nulidades, lo que hace tambalear la seguridad jurídica de los expedientes que en la actualidad cursan en los Despachos Judiciales, lo que a futuro significara que la opinión pública conserva la concepción que el fuero penal militar y la justicia que le es propia sólo sirve para cubrir las acciones delictivas de los militares.

De otra parte, en el nuevo Código Penal Militar, se crea la figura de la Fiscalía Penal Militar, no con las funciones que cumplía anteriormente, las de acusar o cesar procedimiento, posterior a la instrucción realizada por los Despachos Instructores, sino con similares funciones y atribuciones, podría decirse, paralela a la que creo la Constitución Política, como Fiscalía General de la Nación, la cual contaría con un grupo de investigación a su servicio propio de la Fuerza.

Si bien es cierto, las Fuerzas Militares se han preocupado por entrenar y capacitar a personal, en su mayoría Suboficiales, en ramas como la criminalística, la topografía, balística, entre otros, es claro que sus esfuerzos serán en vano, hasta tanto legalmente se reconozca facultades de Policía Judicial a estos grupos, pues de lo contrario, su labor se remitirá sólo a una labor de observación frente a las tareas que realiza la Policía Judicial; es increíble pensar, que se dio pie a la creación de este grupo investigativo, sin el soporte jurídico necesario para que su labor tenga valor dentro de los expedientes, y puede ser llevado a la realidad jurídica del desarrollo de los procesos penales que cursan dentro de la Justicia Penal Militar, más cuando la Corte

Constitucional prohibió de manera expresa que militares tuvieran este tipo de funciones.

El nuevo código, para solucionar la situación actual en la que se encuentran muchos militares debió reconocer antes de cualquier otra cosa, que el país atraviesa por un conflicto armado, lo que le daría herramientas a los miembros de las Fuerzas Militares para ejercer su defensa a la luz de las condiciones, reglas y parámetros establecidos por el Derecho Internacional Humanitario, y no como se ha llevado hasta el momento, donde la base para juzgar a los militares, es creer que se está en una situación de paz, y por lo tanto se los juzga con los parámetros de los Derechos Humanos, lo que en ocasiones ha generado condenas injustas para militares que se han limitado a cumplir con su función constitucional.

8.1.1. Sistema Penitenciario Castrense. El único problema de atraviesan los militares en la actualidad, no es sólo la falta de un código con el enfoque que realmente necesita la justicia penal militar, que permita mantener la legitimidad del fuero que los cobija por orden de la Constitución, también se enfrentan a problemas en cuanto al manejo del personal detenido, puesto que no se cuenta con una entidad independiente que se ocupe del tema carcelario de los miembros de las Fuerzas Militares, en tanto se continúe con el conflicto armado interno.

En ese orden de ideas, es necesario que los Altos Mandos, en representación de los miles de Soldados que hoy se encuentran en el área de operaciones y más por aquellos que se encuentran bajo una medida de aseguramiento o ya sentenciados, acudan ante el Ministro de la Defensa y ante el órgano encargado de legislar, para que el sistema penitenciario tome un vuelco, empezando porque éste pase a hacer parte de la justicia penal militar.

Es necesario que se acuda al principio de igualdad para los reos que ostenten la calidad de militares frente a los procesados civiles, toda vez que para ellos también debe buscarse la resocialización, teniendo en cuenta al momento de hacer efectivas medidas de aseguramiento o condenas el tipo de conductas y su nivel de peligrosidad para crear niveles de reclusión de acuerdo a esas particularidades.

De la misma manera, que por ejemplo los políticos que han sido condenados o cobijados por una medida de aseguramiento, tienen tratos especiales por su calidad a pesar de haberse desviado de la ley, sería necesario que a los militares, pese a su condición de infractores de las normas, se los ubique en centros de reclusión diferentes a aquellos donde se encuentran en su mayoría los delincuentes que en su momento buscaron capturar o neutralizar; esto por respeto a la dignidad humana, buscando la seguridad de su integridad física y psicológica, y por respeto a las condiciones especiales de su servicio, pese a que lastimosamente, en algún momento, en cumplimiento de su función se salieron de la Constitución y la ley, esto en atención, a que el principio de igualdad, también contempla el trato desigual a los desiguales, como bien lo dijo el Doctor JEAN CARLO MEJÍA AZUERO⁷⁶, un miembro de la Fuerza Pública condenado por graves crímenes jamás deberá ser llevado a las mismas cárceles en donde se encuentran sus enemigos naturales.

8.2. PROYECTO DE REFORMA A LA JUSTICIA PENAL MILITAR

El gobierno nacional en el presente año presentó inicialmente un proyecto de reforma al fuero penal militar, el cual se incluía dentro del proyecto total de reforma a la justicia, que por conveniencias políticas, tal vez, fue retirado, y presentando nuevamente de forma exclusiva, con el fin de garantizar un estudio pormenorizado, exclusivo y sin

⁷⁶ MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. [En línea]. FUERO MILITAR Y CONTROL DE RECLUSOS UNIFORMADOS. [Disponible en http://jeancarlomejiaazuero.blogspot.com/2011/02/fuero-militar-y-control-de-reclusos_8981.html [Consultado el 03 de Marzo de 2012].

relación a los demás aspectos que deberían estudiarse en la reforma total a la justicia, lo que puede considerarse, una buena arma, para lograr consolidar el fuero penal militar y la jurisdicción que lo lleva a la realidad.

El gobierno nacional sustentó la presentación de este proyecto en la necesidad de crear un marco jurídico que permita a los miembros de las Fuerzas Militares cumplir con la función constitucional sin ataduras políticas ni de interpretaciones restrictivas por parte de las autoridades judiciales que adelantan procesos en su contra.

El proyecto como tal se fija en la adición de tres artículos de la Constitución Política, siendo éstos los artículos 116, 152 y 221, en la búsqueda de establecer un marco jurídico claro que cobije a los militares que cumpliendo su deber asumen conductas por las que posteriormente deben responder ante las autoridades judiciales; esto en atención a que una mala o errónea interpretación de la doctrina militar y la aplicación de un marco jurídico inadecuado, puede llevar a condenas desproporcionadas y en veces injustas para los implicados en este tipo de procesos.

Es importante, reconocer, como lo hizo la misma Cámara de Representante en el primer debate para la aprobación del Acto Legislativo No. 192 de 2012, que:

El respeto de los derechos mínimos de defensa y debido proceso de los uniformados contribuye a reforzar los avances que ha logrado el Estado colombiano en materia de respeto y garantía de los Derechos Humanos. Esos Derechos Humanos son universales y a veces se nos olvida que los militares y policías también son destinatarios de las garantías que predicamos para todos los habitantes de Colombia.

Propugnar por unas reglas de juego preestablecidas desde la Constitución en materia de fuero, Justicia Penal Militar y defensa técnica es un clamor de los hombres y mujeres que exponen todos los días su vida, libertad, honor y dignidad a la hora de cumplir con su deber. Si el Estado les ha otorgado el uso de las armas para defender a la Nación y garantizar las condiciones de

convivencia, y vigilamos con celo el uso que de ellas hacen, el mismo Estado les debe brindar la seguridad jurídica para que en caso de investigación sean juzgados con pleno respeto de sus derechos, en el marco jurídico que corresponde y con una defensa de calidad⁷⁷.

Como lo señala la misma exposición de motivos que sustenta el proyecto de reforma constitucional en ocho aspectos claves para cumplir los fines antes descritos, los cuales se explican a continuación y que hasta el momento, con algunas modificaciones, ya ha sido aprobado en tres de los ocho debates que debe cumplir en el Congreso para su expedición y entrada en vigencia.

8.2.1. Creación de un Tribunal de Garantías Penales. El cual ejercerá sus funciones principalmente en casos adelantados contra miembros de la Fuerza Pública. Inicialmente el proyecto presentado al Congreso de la República, sugiere hacer una adición al artículo 116 de la Constitución Nacional, en el cual se contempla que organismos administran justicia en Colombia, incluyendo dentro de ellos la Justicia Penal Militar.

De acuerdo al proyecto de reforma, además de los entes mencionados que administran justicia, sería creado un tribunal de garantías penales que tendría competencia en cualquier jurisdicción, haciendo las veces de juez de control de garantías en cualquier investigación que se adelante en contra de miembros de la Fuerza Pública, controlar la acusación para garantizar las observancia de las prerrogativas y requisitos legales; en la adición se manifiesta que este Tribunal estará compuesto por un número de magistrados impares y que pueden hacer parte de el miembros de la Fuerza Pública en retiro.

⁷⁷ GACETA DEL CONGRESO. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo número 192 de 2012 Cámara. [En línea] Disponible en http://www.semana.com/documentos/Doc-2290_2012328.pdf [Consultado el 20 de Abril de 2012].

En efecto la creación de este Tribunal es bastante pertinente, pues supone la preocupación del gobierno por la existencia de un ente que vele por el respeto del debido proceso y el derecho de defensa para los militares investigados y condenados, con el fin único que en el momento, por ejemplo, de llegar a juicio oral, la acusación sea respaldada por verdaderos motivos fácticos y jurídicos, siendo una de las maneras de evitar que la dignidad y honor de los militares sean afectados por acusaciones sin fundamento, donde en muchas ocasiones, se presume es la mala fe en sus actuaciones.

De otro lado, la eficaz actuación de este Tribunal permitiría que los miembros de las Fuerzas Militares puedan continuar con su carrera sin el impedimento o la consecuencia de que esta se retrase al estar investigados por la Fiscalía o la Justicia Penal Militar, cuando contra ellos recaen medidas de aseguramiento que en algunas ocasiones terminan en absoluciones, afectando situaciones como la antigüedad, los salarios, las familias de este tipo de hombres; claro ejemplo de ello, y como recientemente se publicó en el diario El Tiempo⁷⁸, de los 308 Mayores que en la actualidad se encuentran cumpliendo con el curso de Estado Mayor para aplicar al ascenso al grado de Teniente Coronel, 160 están investigados, así mismo, de los 2420 militares que hoy se encuentran detenidos sólo el 16% han sido condenados.

Esto afecta tanto el comportamiento de las tropas en el área de operaciones, pues como lo dijo el General retirado JAIME RUIZ “los militares no están combatiendo. Como está hoy este país y con las garantías que les está dando a sus soldados, pues no vale la pena defenderlo”⁷⁹.

⁷⁸ EL TIEMPO. Dos mil militares piensan acogerse a sentencia anticipada. [En línea] Disponible en http://www.eltiempo.com/justicia/dos-mil-militares-piensen-acogerse-a-sentencia-anticipada_11971163-4 [Consultado el 24 de Junio de 2012]

⁷⁹ Ibid.

Como lo manifestó uno de los tantos detenidos militares que hoy se encuentran tras las rejas “somos conscientes de que muchos deshonraron al Ejército y deben recibir una pena, pero también muchos somos inocentes y estamos pagando un delito que se volvió político”⁸⁰.

En la ponencia⁸¹ para el primero de ocho debates para la aprobación del acto legislativo que reforma la justicia penal militar, la Cámara de Representantes acertadamente propuso que la creación de este Tribunal se hiciera desde el rango constitucional, sin necesidad de esperar a la creación y regulación por medio de una ley estatutaria, anotación muy acertada, por cuanto se evita que el establecimiento de este Tribunal de Garantías este sujeto a la creación de otra ley y a la burocracia que lastimosamente impera en el país, ejemplo de ello, fue la demora de casi cinco años para que se aprobara en Código Penal Militar que en este momento se encuentra vigente.

Si bien es cierto se considera un gran avance en el ordenamiento jurídico colombiano, cabe preguntarse las razones por las cuales los Magistrados que integrarán este organismo colegiado se limitan a militares en retiro, porque no pueden hacer parte de él Oficiales en servicio activo, que tengan el suficiente conocimiento y cumplan con los requisitos exigidos para ocupar tan alto y digno cargo, no es acaso un nuevo atentado contra la igualdad en contra de los militares, pues el hecho de estar en servicio activo, no les impide ocupar uno de estos puestos.

8.2.2. Fijación de parámetros para determinar la competencia de la jurisdicción penal militar y la jurisdicción ordinaria. El proyecto de acto legislativo de la reforma a la

⁸⁰ Ibid.
⁸¹. PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO No. 192 DE 2012. [En línea] Disponible en [www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Prensa/Documentos/P.A.L192-2012-\(Fuero_Militar\).pdf](http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Prensa/Documentos/P.A.L192-2012-(Fuero_Militar).pdf) [Consultado el 10 de Julio de 2012].

Constitución, también contempla la adición de su artículo 221, señalando las excepciones de competencia de la Justicia Penal Militar, constituyéndose estas en la comisión de crímenes de lesa humanidad, en los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado, violación y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y reclutamiento de menores.

Se adiciona que salvo las conductas antes descritas, todas aquellas infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario cometidas por los miembros de la Fuerza Pública serán conocidas por la Cortes o Tribunales Militares.

Las razones que se exponen en el proyecto de acto legislativo, se afirma que es necesaria la constitucionalización de *numerus clausus* que contenga las conductas que por ningún motivo serán de competencia de la justicia penal militar, pues a su modo de ver la gravedad de la comisión de una ellas, se constituye *ipso iure*, como el rompimiento del vínculo con el servicio y por ende del fuero que cobija a los miembros de la Fuerza Pública.

Puede considerarse que si bien es cierto, la reforma representa en este aparte, nuevamente un avance en el entendimiento del marco jurídico que debe aplicarse a los miembros de la Fuerza Pública, cuando a parte de las conductas enumeradas, todas las demás infracciones al Derecho Internacional Humanitario podrán ser investigadas por Tribunales o Cortes Militares, pues hasta el momento, como se explicó con anterioridad, la Corte Constitucional en diferentes sentencias, había dejado claro, que NINGUNA infracción a este tipo de normatividad podría ser de competencia de la Justicia Penal Militar.

Parece incompatible, que el proyecto de acto legislativo, indique restricciones a conductas que no pueden ser investigadas por la Justicia Penal Militar y que también diga que toda conducta en la que incurra un militar en desarrollo de su servicio será investigada y juzgada a la luz del Derecho Internacional Humanitario, y entonces surge la pregunta, si es que este compilado de carácter internacional, hace este tipo de diferenciación para ciertas conductas.

La realidad es que las infracciones al Derecho Internacional Humanitario en las normas que para nuestro conflicto interno aplican, es decir, el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, no generan ninguna discriminación de que las unas están por fuera del conflicto, por el contrario, todas las conductas que ahí se enumeran tiene como requisito para su comisión, que estas se presenten dentro de un conflicto armado.

En ese orden de ideas, la competencia que se otorga a los Tribunales o Cortes Militares no puede ser restringida a capricho del legislador solamente por dar un manejo político a la situación actual de las Fuerzas Militares, pues se entiende, que si hablamos por ejemplo de conductas como desaparición forzada o ejecución extrajudicial, para resaltar las que podrían considerarse las conductas más comunes por las que en la actualidad se juzgan a los miembros de las Fuerzas Armadas, estas requieren intrínsecamente que se den en desarrollo de un conflicto armado, luego, no se rompería el nexo entre la conducta y el servicio, porque es en cumplimiento y desarrollo de este que se dan este tipo de conductas, sin desconocer que son una extralimitación a las funciones encomendadas por la Constitución.

Por qué el Gobierno señala que por su gravedad rompen el nexo con el servicio, y por qué sustentan su decisión de enumerar conductas que no pueden ser investigadas por la Justicia Penal Militar, argumentando que esta es la única manera de garantizar la

seguridad jurídica de los militares y la certeza sobre la competencia de la justicia penal militar.

Éste, puede considerarse un argumento erróneo pues lo que puede observarse es que se continúan restringiendo la competencia de la Justicia Penal Militar, como si se siguiera pensando que este tipo de Tribunales no pueden tomar las decisiones que en Derecho correspondan para condenar infracciones al Derecho Internacional Humanitario, o se siguiera con la subjetiva idea de que los militares que juzgan a militares nunca van a tomar una decisión imparcial y por el contrario van a “tapar” este tipo de conductas para evitar sanciones y la salida de estos hechos a la luz pública para evitar, por ejemplo, la deslegitimación de la función militar en el territorio colombiano.

Si el Estado Colombiano reconoce que se atraviesa por un conflicto armado interno y si así mismo reconoce que el marco jurídico a aplicar es el Derecho Internacional Humanitario, por qué entonces no reconocer que es la Justicia Penal Militar la llamada a investigar y juzgar a aquellas personas que incurran con su comportamiento en desarrollo de su servicio en infracciones a esta normatividad internacional.

La Corte Constitucional en este sentido y como ya fue explicado en anteriores capítulos ha mantenido una línea que describe que cuando se comenten violaciones a los Derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario se rompe el nexo con el servicio y por tanto se pierde el fuero que cobija a un miembro de la Fuerza Pública; pero esos mismos argumentos, podrían ser la bandera que sustente que toda infracción al DIH por parte de un miembro de la Fuerza Pública en cumplimiento de sus funciones, puede y debe ser juzgado por un Tribunal Militar, esto para retomar y garantizar el respeto por uno de los elementos del debido proceso, siendo este el JUEZ

NATURAL, que se ha visto abiertamente transgredido en las causas penales que se adelantan en contra de los integrantes de la Fuerzas Militares.

Para la Corte Constitucional, la jurisdicción penal militar sólo conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo siempre que ellos tengan relación con el mismo servicio”⁸², término que se circunscribe a las actividades que se encaminen a cumplir con las finalidades propias de las Fuerzas Militares impuestas por la misma Constitución, aduciendo igualmente que es necesario diferenciar dos aspectos:

- a) Actos u omisiones que se imputan a la persona como miembro activo de las Fuerzas Militares.
- b) Actos que se desprenden de la actividad propia del militar como persona o ciudadano.

Así las cosas, es la misma Corte Constitucional la que da los elementos, que puede decirse, inequívocamente este alto tribunal interpreta como los necesarios para restringir el conocimiento de conductas por parte de la Justicia Penal Militares, los que pueden ser aquellos que, como se mencionó antes, sustenten eliminar de este proyecto de acto legislativo el numerus clausus de conductas, que a pesar de presentarse en desarrollo de un conflicto armado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria.

Para dar más claridad a este argumento, puede tomarse un ejemplo sencillo, si un militar, en servicio activo, incurre en una ejecución extrajudicial, que si bien es cierto, aún no se tipifica como tal en el ordenamiento jurídico interno, es una de las conductas que se integraría a la ley para tipificar los mal llamados “falsos positivos”, nunca podrá hacerlo como un ciudadano normal, pues para ello requiere en primer lugar salir dentro

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL. Óp. Cit. Sentencia C-358/07.

de una operación militar, con un cuerpo armado, con las armas de la cual lo dota el Estado para el cumplimiento de su servicio, es decir, la conducta inicia como una actividad propia y relacionada con el servicio.

Sumado a lo anterior, esta actividad se respalda por una serie de documentos, que suponen el cumplimiento de esa misión constitucional, dirigida a neutralizar o aplacar el actuar delictivo del sistema rival, sustentando en un anexo de inteligencia que muestra la presencia de sus miembros en determinado lugar, razón por la cual las tropas se dirigen a ese punto en particular, donde se supone actúan una organización jerarquizada, armada en armas que actúan bajo la dirección de un mando responsable, las cuales controlan un territorio, control que les permite realizar operaciones militares sostenidas, que se constituyen en las características para definir la existencia de un conflicto armado interno.

Conforme a lo anterior, se tiene que la persona inicia su actividad en cumplimiento de la misión impuesta por la Constitución, y es posteriormente o contrariando la orden de operaciones que respalda su actividad, que deliberadamente y como consecuencia de su aplicación, que inicialmente no envolvía el hecho delictivo, ocurrió eventualmente el hecho criminoso, por ejemplo, la ejecución extrajudicial de la que se habló con anterioridad.

Apoya este concepto la misma Corte, cuando señala que

No obstante la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza.

(...)

La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial⁸³.

El mismo argumento podría plantearse cuando el hecho delictuoso inicia desde el planeamiento mismo de la operación, pues también se utiliza la investidura del militar y la función que deben desempeñar para organizar y llevar a cabo una conducta típica.

En los dos casos, se puede observar con claridad que el actuar requiere de la actividad militar, pese a que se extralimita y se actúan transgrediendo la ley, es decir, se cumple con el requisito, exigido por la ley, la proximidad y claridad del vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio.

La Corte señala que si “desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria (...) ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron *ab initio* criminales”⁸⁴.

Pero contrario a ese argumento, puede verse desde otro punto de vista, que es en desarrollo de esa función militar, que se planea y comete el crimen, por lo tanto, seguirían siendo estas conductas competencia de la justicia penal militar.

Los Tribunales que se han creado en la comunidad internacional para investigar y condenar infracciones gravísimas al Derecho Internacional Humanitario, entre estos, el

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. Óp. Cit. Sentencia C-878/00

⁸⁴ *Ibid.*

Tribunal de Tokio, Nüremberg, Yugoslavia, Ruanda, que en ningún momento hicieron el tipo de exclusión que se pretende hacer en el proyecto de acto legislativo.

La mejor forma de recuperar el fuero penal militar y la legitimidad de la justicia penal militar es reintegrarle la confianza que en algún momento tuvo, dotándola de armas que impidan que esta nueva oportunidad se desaproveche como se hizo en épocas pasadas; no puede entonces señalarse que la única forma de garantizar la seguridad jurídica para los miembros de las Fuerzas Militares, es restringir el conocimiento de conductas a la justicia penal militar, cuando en observancia del juez natural no deben haber este tipo de excepciones, sino por el contrario, trabajar en el fortalecimiento de otros aspectos como la definición del marco jurídico a aplicar, las herramientas para garantizar la imparcialidad de los funcionarios del cuerpo de justicia y el respaldo de una defensoría técnica para los miembros de la Institución Castrense y la institucionalización del Derecho Operacional.

Evitar la creación de un *numerus clausus*, significaría el desaparecimiento de muchos otros problemas que aquejan a la Fuerza Pública en la actualidad en cuanto a la seguridad jurídica se refiere, pues al no haber conductas relacionadas con el servicio que deban ser de conocimiento de la justicia ordinaria, se evitaría por ejemplo la confusión de algunos funcionarios, por ejemplo de la Fiscalía, en cuanto a la normatividad que debe aplicarse, su desconocimiento del contexto operacional, las colisiones de competencia en veces innecesarias que provocan en su mayoría dilaciones injustificadas de los procedimientos, entre otras cosas.

8.2.3. Armonización de los preceptos del Derecho Internacional Humanitario como regla de interpretación para los procesos penales en contra de los miembros de las Fuerzas Militares. Una de las situaciones que puede considerarse uno de los principales problemas que atraviesan los militares que en la actualidad se encuentran

sub judice, es el desconocimiento del marco jurídico aplicable a hechos que se presentan en desarrollo de un conflicto armado, lo que genera que conductas que a la luz del Derecho Internacional Humanitario son perfectamente permitidas, estén siendo motivo de condenas, acusaciones o medidas de aseguramiento en contra de los miembros de la Fuerza Pública.

A este respecto la exposición de motivos del acto legislativo 192 de 2012, presenta la mayor dificultad normativa por la que se atraviesa en el campo militar, y es que “mientras en la Constitución se manifiesta que los delitos cometidos en relación con el servicio serán de conocimiento de la Justicia Penal Militar, el artículo 3° de la Ley 1407 de 2010 señala que las infracciones cometidas en la conducción de las hostilidades por la Fuerza Pública serán objeto de conocimiento de la justicia ordinaria”⁸⁵.

Dicha incongruencia normativa se soluciona en el proyecto de reforma señalando que toda infracción al Derecho Internacional Humanitario, salvo el *numerus clausus* establecido en el mismo texto del proyecto, será de competencia de la Justicia Penal Militar.

Esta acorde con la situación de conflicto armado que las infracciones al Derecho Internacional Humanitario sean de conocimiento de la Justicia Penal Militar, pero como se argumentó anteriormente, esta competencia debe ser sin ningún tipo de excepciones, pues esto es lo que ha generado tanta confusión y conflictos entre la justicia ordinaria, donde los únicos afectados son los miembros de la Fuerza Pública involucrados en causas penales.

⁸⁵ PROYECTO ACTO LEGISLATIVO 192 DE 2012. Óp. Cit.

Esta más que claro que en Colombia se aplica el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y así mismo el país se rige por el Protocolo II, por cuanto la situación por la que se atraviesa en Colombia se adecúa a la descripción requerida para la aplicación de dicho Protocolo, así:

El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollan en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo⁸⁶

Revisado lo anterior, puede observarse con claridad que el contexto del conflicto interno de Colombia se adecúa a los requerimientos del ámbito de aplicación del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, lo que basta para señalar que el marco jurídico a aplicar es el Derecho Internacional Humanitario sin restricción de ningún tipo.

Es plausible que se busque en el proyecto de Acto Legislativo ampliar la visión normativa de los operadores judiciales, que ya no se limitarán a remitirse a lo descrito taxativamente en el ordenamiento jurídico interno, sino que sin dudas, darán aplicación en toda su expresión al bloque de constitucionalidad, permitiendo la entrada de normas internacionales que no necesariamente están positivizadas en las normas internas, incorporando los estándares de interpretación integral e internacional del Derecho.

⁸⁶ CICR. Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra 1977. Edición revisada en 1996, p. 92.

Como la misma exposición de motivos de la reforma lo menciona, esta interpretación permitiría que prácticamente se obligue a los funcionarios a:

Interpretar los alcances del procedimiento penal a partir de las garantías fundamentales previstas no sólo en la Constitución sino también en muchos tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, con lo cual no sólo se constitucionaliza el procedimiento penal sin que obligue a analizarlo desde una perspectiva de derechos humanos y derecho internacional humanitario⁸⁷.

Es inevitable traer a colación uno de los principales fundamentos que utiliza la exposición de descargos en cuanto a la definición del marco jurídico a aplicar en procesos adelantados en contra de militares, que representa una de las principales falencias que afectan la defensa de los miembros de la Fuerza Pública en la actualidad, pues tal afectación como se describe en el párrafo que se transcribe a continuación, no podría estar mejor descrita.

Existen providencias, tanto en la justicia penal ordinaria como en la justicia penal militar, que no aplican el DIH a la conducta de los miembros de la Fuerza Pública. Por el contrario evalúan la posible responsabilidad de sus miembros con base en lecturas aisladas de conceptos del derecho penal, como las causales de ausencia de responsabilidad, de “legítima de defensa” y “estricto cumplimiento de un deber legal”. El problema con estas causales es que están diseñadas principalmente para evaluar la antijuridicidad de una conducta típica en tiempos de paz y en el contexto de la vida civil. No tiene sentido exigir a los integrantes de Fuerza Pública que durante un combate deban justificar probando que se estaban protegiendo contra una “agresión injusta” que era “actual o inminente” y que el uso letal de la fuerza era la única alternativa para evitar esa agresión por ser “necesario”. La lectura aislada del derecho penal diseñado para contextos de normalidad en la vida civil puede terminar dejando a sus miembros en la disyuntiva entre no atacar a los grupos armados ilegales o someterse a un proceso penal.

Estos vicios que se observan en las providencias tienen efectos negativos, por cuanto contribuye a que en la práctica se incurra en retrocesos frente a un sistema penal más garantista. No es una afirmación quimérica que los operadores jurídicos no saben manejar adecuadamente las normas de remisión del bloque de constitucionalidad. Al incurrir en esta deficiencia, ni los jueces de garantías, ni los jueces de conocimiento garantizan la efectividad de los

⁸⁷ PROYECTO ACTO LEGISLATIVO 192 DE 2012. Óp. Cit.

derechos constitucionales en el proceso penal. A pesar de que el bloque de constitucionalidad ha sido, en términos generales, una figura útil pues ha permitido que los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario hayan entrado con fuerza en la práctica jurídica colombiana, los jueces y fiscales desconocen el marco jurídico aplicable a la conducción de hostilidades negando cualquier fuerza jurídica a los tratados en la materia⁸⁸.

Por tales falencias, es que la reforma propone la creación de una norma de integración que elimine las dudas de los operadores jurídicos al momento de aplicar el marco jurídico, la cual se hará por medio de una ley de tipo estatutario que indica la interpretación, la aplicación y la armonización del derecho penal con el derecho internacional humanitario, esto evitará evidentemente las aplicaciones subjetivas de los funcionarios al momento de investigar y juzgar a los miembros de la Fuerza Pública, al no haber vacíos ni lagunas normativas, no habrá paso a interpretaciones personales y variadas en el campo de la investigación de los militares.

8.2.4. Creación de una comisión mixta para determinar competencias. Para dar paso a la creación de esta comisión, de acuerdo al proyecto de reforma, al artículo 221 de la Constitución también incluirá este ente, cuya función será constatar la realidad de los hechos resultantes del desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, la cual estará integrada por representantes de las dos jurisdicciones.

Como bien se explica en el proyecto de Acto Legislativo No. 192 de 2012⁸⁹ en el marco jurídico actual toda operación donde se suscita una muerte en combate se convierte en una *notitia criminis* que obligan a iniciar el movimiento del aparato judicial, resultando en la vinculación de los miembros de la Fuerza Pública así no hayan cometido ningún delito con efectos negativos en el cumplimiento de su misión y en la moral de las tropas.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

Es necesario entonces un mecanismo que permita distinguir los casos donde no hay duda sobre la legitimidad de una operación y de sus resultados, y aquellos donde, por la existencia de dudas sobre las circunstancias y de indicios de conductas delictivas, hay mérito para iniciar una investigación penal tendiente a establecer si se cometió algún delito en el marco de la operación. Adicionalmente, es importante que en caso de duda sobre lo sucedido haya una constatación oportuna y técnica de los hechos⁹⁰.

Para el Gobierno Nacional esta es la forma de en primer lugar hacer una averiguación rápida, regida por la inmediatez de la prueba, que permita establecer hechos básicos, y en segundo lugar, la definición de la competencia, en caso de observar indicios de algún tipo de irregularidad en el resultado.

Puede discreparse en que la creación de esta comisión mixta tenga como fin determinar la competencia de los casos, pues manteniendo el hilo conductor del presente escrito, al decir que todas las infracciones del Derecho Internacional Humanitaria que se desprendan del servicio, son de competencia de la Justicia Penal Militar, el fin de esta comisión podría ser otro, que incluso sería más profunda para la situación atravesada por los militares que participan en operaciones de las que resultan sujetos abatidos en combate pertenecientes al sistema rival.

Así las cosas, la función de esta comisión podría remitirse a una verificación en el lugar de los hechos, la cual, se hará por parte de policía judicial de ambas jurisdicciones en un trabajo mancomunado, para hacer una labor de lo que podría denominarse averiguación previa, donde la recolección de pruebas haciendo uso del principio de inmediatez de la prueba, para ahí sí, cumplir con la primera finalidad que plantea el gobierno para este tipo de comisión, que es la determinación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos; luego, si se observa que no hay indicios de comisión de delitos en esos actos previos de investigación, no habría necesidad de abrir investigaciones cada vez que haya una operación que resulte en

⁹⁰ *Ibíd.*

una muerte en combate y por lo tanto los miembros de la Fuerza Pública, no se verían *sub judice* por cada resultado operacional que obtengan, más teniendo en cuenta, que se supone su actuar, salvo algunas excepciones, se encamina al cumplimiento de la función constitucional.

Si se quiere puede con esta comisión mixta, garantizarse una supervigilancia a los procedimientos de recolección de pruebas y al momento de determinar la necesidad de abrir o no una investigación, esto para fortalecer la legitimidad y credibilidad de las actuaciones de la Justicia Penal Militar ante la opinión pública nacional e internacional.

Esto arrojará seguramente resultados positivos tanto en la moral combativa, como en la moral personal de los miembros de las Fuerzas Militares, también en la consecución de resultados palpables en cuanto a la neutralización del sistema rival y sobre todo en la recuperación legitimidad de las acciones llevadas adelante por la Fuerza Pública, su acercamiento a la población civil y el cambio de imagen frente a la comunidad internacional, sobre todo frente a los organismos internacionales, que en veces perdiendo la imparcialidad que los debe caracterizar, critican y atacan el funcionamiento y operación de la Institución Castrense.

8.2.5. Creación y otorgamiento de facultades de policía judicial a un cuerpo de la jurisdicción penal militar. Sin que esto signifique otorgarle a la Justicia Penal Militar atribuciones de policía judicial, de acuerdo a la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo No. 192 de 2012⁹¹, crear un cuerpo de policía judicial para esta jurisdicción le permitiría desarrollar una capacidad investigativa exclusiva para los asuntos de su competencia.

⁹¹ *Ibíd.*

Es por demás necesaria, si se quiere dar viabilidad real a la existencia y correcto funcionamiento de la comisión mixta para la verificación del contexto de los hechos inmediatamente seguido a su consecución; su correcta implementación y su transparente y eficaz labor, serán determinantes para evitar que se abran procesos innecesarios, por ejemplo, en hechos donde las muertes en combate se han dado de acuerdo a los lineamientos constitucionales y legales.

Si se ha planteado a lo largo de este escrito que la Jurisdicción Penal Militar, deberá conocer de las infracciones al Derechos Internacional Humanitario, sin restricción alguna, es de imperiosa necesidad contar con este cuerpo investigativo, esto por dos razones esenciales y que por demás ya fueron explicadas con anterioridad, primero, los errores y omisiones en los que en algunas ocasiones ha cometido la policía judicial perteneciente al CTI o la SIJIN con las consecuencias que eso conlleva en la defensa de un militar investigado, y segundo por la necesidad de la inmediatez de la prueba, siendo más probable su recolección en tiempo real, todo en apoyo a la defensa de los hombres que trabajan por un fin superior en pro de la seguridad de la población civil.

Ya en este sentido, la Fuerza lleva un camino ganado, por cuanto hasta la fecha se han capacitado cientos de Suboficiales en las especialidades de criminalística, balística, dactiloscopia, topografía, entre otros, incluso se piensa en incorporar Médicos Forenses para apoyar en este aspecto también los procedimientos, faltando sólo que estos hombres y mujeres integrantes de las Fuerzas Militares puedan llevar su conocimiento a la práctica en beneficio y con el único fin de encontrar la verdad de los hechos por los que en ocasiones se cuestionan el actuar de las tropas de tierra, mar y aire.

Sumado a esto, y para coadyuvar ese futuro de la justicia penal militar y sus funciones, el Comando del Ejército expidió la Directiva 0181 de 2012⁹², que trata del fortalecimiento y organización de las Coordinaciones Jurídicas Militares, esto sobre todo con la creación de los Grupo GAO, Grupo de Apoyo Operacional, que quedará conformado de la siguiente manera:

GRÁFICO 2

ORGANIGRAMA



⁹² Directiva 0181/2012. [En línea] Disponible en www.ejercito.mil.co [Consultado el 15 de Junio de 2012].

El Grupo de Apoyo Operacional, tendrá como funciones principales, las siguientes:

1. Asesorar al Comandante en la planeación, ejecución y evaluación de las operaciones militares.
2. Asesora en la valoración, ponderación y viabilidad de toma de decisiones acertadas para el Comandante.
3. Efectúa asesoramiento y capacitación en procedimientos jurídicos operacionales, teniendo en cuenta el área de responsabilidad operacional de cada Unidad.
4. Supervisa la atención operacional requerida para la mitigación y minimización de informes de riesgo y alertas tempranas decretadas en su área de responsabilidad operacional.
5. Anexa los experticios técnicos realizados por personal militar idóneo en materia pericial criminalístico.
6. Emite la matriz de viabilidad operacional, la cual permitirá al nivel del Comando tomar decisiones operacionales, de acuerdo al ambiente operacional.
7. Participa en el comité de evaluación de lecciones aprendidas.
8. Recopila y consolida los documentos jurídicos operacionales con el fin de garantizar el archivo operacional y coadyuva al oficial de DDHH-DIH en soportar con documentos operacionales la memoria histórica operacional.
9. Lidera el trabajo y actividades desarrolladas por el Grupo Asesor Operacional, cuando sea requerido.
10. Efectúa asesoría legal integral al Comando de la Unidad con respecto al desarrollo de operaciones militares e implicaciones jurídicas.
11. Organiza y ejecuta junto con el oficial de DDHH-DIH estrategias que permitan la salvaguarda de los Derechos Humanos de los miembros de la Institución.
12. Presta asistencia y acompañamiento a los procesos de judicialización al sistema rival, así como a los procedimientos de desmovilización, captura y neutralización, establecidos en la Directiva 300-28.

8.2.6. Establecimiento de condiciones para garantizar la autonomía e imparcialidad de la justicia penal militar. Una de las causales que a la luz de los organismos internacionales al parecer ha afectado las decisiones judiciales de los Despachos Penales Militares, es la sujeción del mando, esto por dos razones particulares, primero, el hecho de que algunas veces, los Comandantes de las Unidades que en su mayoría ostentan un grado superior que los jueces de instrucción penal militar, que son los que en el sistema anterior al oral, que aún se encuentra en funcionamiento, realizan la parte investigativa de donde en adelante dependerán las decisiones de fondo dentro de los procesos, superiores estos que sin generalizar buscaron en tiempos pasados influenciar y en algunos casos manipular los resultados de las investigaciones.

Sumado a lo anterior, los jueces y fiscales de la justicia penal militar, dependen de la calificación que de sus superiores para sus ascensos y demás, lo que también puede afectar las decisiones imparciales dentro de este tipo de procesos.

Aunque legalmente la función de la justicia penal militar, se supone separada del mando, se continúan con la influencia por la línea jerárquica, lo que ha generado cuestionamientos internacionales que según sus pronunciamientos también afectan el debido proceso por la falta de independencia e imparcialidad; con el fin de evitar tales, el proyecto de reforma constitucional⁹³ avoca la necesidad de crear una norma que establezca un sistema de carrera y una estructura independiente del mando institucional, consignando en esta parámetros que se fijan como garantías para el mantenimiento de esa imparcialidad e independencia requeridas para recuperar la legitimidad de las decisiones proferidas en los Despachos de la Justicia Penal Militar.

⁹³ PROYECTO ACTO LEGISLATIVO 192 DE 2012. Óp. Cit.

Según el Gobierno, este sistema de carrera se basará en el mérito y la idoneidad de los funcionarios para acceder a los cargos y ascender en ellos, esta propuesta persigue fines concretos, así:

En primer lugar, el mérito en el sistema de carrera garantiza varios derechos fundamentales de los colombianos: permite la correcta materialización del principio de acceso a la administración de justicia, a la vez que asegura el derecho al debido proceso, pues demanda de la administración de justicia una especificidad de la función y el conocimiento de las ciencias militares y policiales. En segundo lugar, la selección de los funcionarios de la JPM con fundamento en el mérito garantiza la igualdad de trato y de oportunidades, pues, permite que cualquier uniformado calificado para el cargo pueda participar⁹⁴.

Si bien es cierto, alguna de estas garantías, ya están contempladas en la ley, pero de acuerdo a la exposición de descargos se dice que no basta solamente con positivizar esas garantías sino realmente busca llevar a la realidad y asegurar la plena autonomía e imparcialidad de los funcionarios de la justicia penal militar.

8.2.7. Creación de un fondo que tenga como destinación específica la financiación de la defensa pública técnica especializada de los miembros de la Fuerza Pública. La ciudadanía colombiana en general cuenta con la defensoría pública como ente que garantiza a aquellas personas que no cuentan con los recursos para asumir el pago de una defensa técnica; si bien es cierto, los militares inmersos en procesos, pueden acudir a este tipo de garantía, no es menos cierto, que los abogados tal vez no cuentan con el conocimiento en el campo operacional y en el derecho internacional humanitario para ejercer una defensa acorde a las circunstancias que rodea este tipo de expedientes, y que requieren una dedicación de lleno para salir adelante en procura de la búsqueda del respeto del debido proceso para las personas investigadas.

⁹⁴ Ibid.

Así como ya se ha mencionado en el presente escrito, los militares también son ciudadanos sujetos de derechos, y para ellos el derecho de defensa también es un derecho fundamental; en ese orden de ideas, el Gobierno en su proyecto⁹⁵ de reforma busca garantizar el ejercicio adecuado, técnico y especializado del derecho a la defensa para los militares involucrados en procesos penales, más cuando de su parte se identificó la ausencia de una política pública que les garantice este tipo de derechos.

Es *vox populi* que los miembros de las Fuerzas Militares han presentado innumerables quejas sobre el funcionamiento de la Defensoría Militar “DEMIL”, porque los servicios que presta en ocasiones no son suficientes para los requerimientos que exigen los procesos que se adelantan en contra de los militares, ya sea por la falta de preparación de los abogados que representan a esta entidad, por la falta de dedicación e interés en los procesos en los que fungen como apoderados, o por la cantidad de procesos que cada uno de ellos recibe.

Menciona el Gobierno en la exposición de motivos de proyecto que “la única viabilidad jurídica es la de establecer un mandato constitucional en el mismo sentido en especial para permitir que fondos públicos ayuden a financiar dicha defensa y haya una política pública al respecto”⁹⁶.

Para dar cumplimiento a dicha iniciativa se propone adicionar al artículo 221 de la Constitución un inciso que contemple la creación de este fondo, y mediante una ley sean regulados aspectos atinentes a la competencia y capacidad de los abogados

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*

defensores con el fin de “asegurar la igualdad de armas y la independencia de los mismos de forma que actúen en interés exclusivo de sus defendidos”⁹⁷.

Nuevamente puede considerarse acertada la acotación realizada en el primer debate en Cámara del proyecto de acto legislativo 192 de 2012, cuando se señaló que:

El constituyente de 1991 consagró el derecho de defensa como uno de los principales presupuestos del debido proceso. Por eso creemos conveniente, respetando el principio constitucional de la división de poderes, respaldar el proyecto de acto legislativo, pues se debe reconocer a los miembros de la Fuerza Pública el ejercicio adecuado y especializado del derecho a la defensa a través de la creación de un Sistema de Defensoría Técnica Especializada.

(...)

El ordenamiento jurídico colombiano no puede desconocer el derecho fundamental a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública, teniendo en cuenta que se trata de un derecho reconocido universalmente, que para el caso particular se hace más evidente si se tiene en cuenta que cumplen una misión constitucional para la protección de bienes jurídicos superiores. A ellos se suma la especialidad y riesgo del ejercicio de la función militar y policial. Como quiera que se requiere adecuar el ordenamiento jurídico interno para garantizar el derecho fundamental a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública, es necesario crear un sistema de defensa técnica y especializada⁹⁸.

En el proyecto se propuso adicionar al artículo 221 constitucional el siguiente inciso, “La ley estatutaria creará un fondo destinado específicamente a financiar la defensa pública técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en cualquiera de las dos jurisdicciones, bajo la orientación de la autoridad que determine la ley”⁹⁹.

Por su parte, la Cámara de Representantes en el informe de ponencia para el primer debate del proyecto de acto legislativo No. 192 de 2012, propuso que dicho inciso quedase de la siguiente forma, “créase un fondo destinado específicamente a financiar

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ GACETA DEL CONGRESO. Informe de ponencia para el primer debate al proyecto de Acto Legislativo 192 de 2012 Cámara. [En línea] Disponible en http://semana.com/documents/Doc-2290_2012328.pdf [Consultado el 10 de Junio de 2012]

⁹⁹ PROYECTO ACTO LEGISLATIVO 192 DE 2012. Óp. Cit.

el sistema de defensa técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en la forma que lo regule la ley estatutaria, bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional”¹⁰⁰.

Nótese que la redacción del inciso referente al tema del fondo para la defensa técnica especializada de los militares, varía en el hecho de que este dependerá del Ministerio de Defensa Nacional y que su creación y funcionamiento será regulado mediante una ley estatutaria.

Desde este punto de vista, puede considerarse que la creación de este fondo, se constituye en una solución más para uno de los vacíos que en la actualidad más afecta al personal investigado, sindicado y condenado pertenecientes a la Fuerza Pública, por condenas y medidas de aseguramiento se han proferido por falta de una defensa aplicada, con uso de todas las herramientas posibles para la defensa de los militares contra quienes cursan procesos penales por presuntas infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

8.2.8. Fuero Carcelario. Aunque este ítem no se encuentra dentro del proyecto presentado por el gobierno, es muy apropiado que la Cámara de Representantes haya decidido incluir en su ponencia para el primer debate una adición más al artículo 221 de la Constitución, así: “Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la Unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública”¹⁰¹.

¹⁰⁰ GACETA DEL CONGRESO. Óp. Cit.

¹⁰¹ *Ibid.*

Consideró la Cámara, que si bien es cierto el Proyecto presentado por el gobierno solucionaba varios de los problemas que afectaban la seguridad jurídica de los militares comprometidos en operaciones militares, dejó de lado, un tema de vital importancia para las circunstancias que atraviesan los militares, pues debe, a su juicio elevarse al rango constitucional la obligación de que los miembros de la Fuerza Pública sobre quienes recaigan medidas de aseguramiento privativas de la libertad o condenas, cumplan su sanción en un centro especial de reclusión.

La Cámara expresa como razón para hacer tal adición lo siguiente:

La reclusión en unidades militares o en pabellones especiales no sólo tiene fundamento legal en el actual artículo 27 del Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, sino también en la jurisprudencia constitucional. En efecto, al declarar el estado de cosas inconstitucionales en las cárceles del país, la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-153 de 998, evaluó las condiciones de reclusión de miembros de la Fuerza Pública e insistió en la obligación de mantenerlos separados de los demás internos y de garantizarles condiciones dignas orientadas a la resocialización. Señaló entonces la Corporación: de otro lado, el Código de Procedimiento Penal (artículo 402), el Código Penal Militar (artículo 402), el Código Penitenciario y Carcelario (artículo 27) disponen que los miembros de la Fuerza Pública cumplirán su detención preventiva en centros de reclusión especialmente establecidos para ellos y a falta de estos en las instalaciones de la unidad a la que pertenezcan (...) lo contrario, significaría para ellos un riesgo permanente para la vida e integridad personal, pues en el cumplimiento de sus anteriores actividades como miembros de la Fuerza Pública se enfrentaron frecuentemente con los reclusos de otros pasillos y pabellones¹⁰².

Por esta razón la Cámara de Representantes consideró necesario en esta etapa de la historia, elevar al rango constitucional el fuero carcelario, sin perjuicio de que los militares que sean beneficiados con esta prerrogativa cumplan con los principios y finalidades del sistema carcelario.

Para concluir, puede decirse, que después de hacer un análisis de los elementos que componen el proyecto de reforma a la justicia penal militar, salvo las críticas que se sustentaron en este acápite, como reforma constitucional el acto legislativo se

¹⁰² *Ibíd.*

posiciona como una solución a muchos de los vacíos jurídicos que hasta el momento venían afectando la defensa de los miembros de la Fuerza Pública, y que prometen ser una forma real de garantizar, que al igual que a todo ciudadano colombiano, y más por las condiciones especialísimas del servicio que prestan a la Nación, se les respete en todo momento el derecho fundamental del debido proceso, sin discriminación, ni subjetividad de ninguna clase que vicie los procesos que contra ellos se adelanta.

El artículo 109 de la Constitución garantiza por parte de los Despachos Judiciales constitucionalmente establecidos en el orden nacional:

Artículo 109. Los jueces de la jurisdicción ordinaria y los jueces de la jurisdicción militar son independientes e inamovibles en sus funciones.

De ahí que una de las principales razones que vale a la vez, es el desconocimiento de uno de los principios y elementos integrantes del derecho constitucional si desde el momento en que el artículo del juez natural se está en un caso abiertamente constitucional, como por ejemplo los militares presuntos infractores de la ley, son sometidos por la Justicia Ordinaria, desconociendo que los Tribunales Militares son tribunales llamados a conocer y sancionar a aquel militar que en el caso se le acusa.

Artículo 110. Los jueces de la jurisdicción ordinaria y los jueces de la jurisdicción militar son independientes e inamovibles en sus funciones.

Por lo tanto, en materia de garantías y de respeto a la dignidad humana, así como en materia de respeto al Derecho Internacional Humanitario, se diga que debe haber una separación de la jurisdicción ordinaria, pero al momento de aplicar garantías y procedimientos de defensa, si se desconoce la aplicación de ese tipo de Derecho, que se aplica en un conflicto armado interno.

Artículo 111. Los jueces de la jurisdicción ordinaria y los jueces de la jurisdicción militar son independientes e inamovibles en sus funciones.

En el momento en que se habla de la justicia penal militar, el gobierno nacional ha buscado mejorar la situación de inseguridad jurídica por la que atraviesan los militares, evitando cierta manera desconocer al JUEZ NATURAL, pero el juez natural es el juez que debe conocer de los hechos y aplicar el derecho que corresponde a cada caso, y no el juez militar que se aplica en un conflicto armado interno.

9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

9.1. Después de realizar un análisis de la normatividad en cuanto a la defensa de los miembros de las Fuerzas Armadas se refiere, se observa que efectivamente existen vacíos normativos en dicho aspecto, tanto en su descripción o positivización normativa como en la aplicación real de dichas garantías por parte de los Despachos Judiciales que adelantan investigaciones en contra de militares.

Es así, que una de las principales falencias que sale a la luz, es el desconocimiento de uno de los principales elementos integradores del derecho constitucional al debido proceso, cual es el respeto del juez natural el cual se ha visto abiertamente transgredido, esto por cuanto los militares presuntos infractores de la ley, son investigados por la Justicia Ordinaria, desconociendo que los Tribunales Militares son los únicos llamados a conocer y sancionar a aquel militar que en tal calidad infrinja la ley.

Es de magna incoherencia y alta desigualdad, que al momento de señalar que un militar cometió una infracción al Derecho Internacional Humanitario, se diga que debe ser investigado por la justicia ordinaria, pero al momento de aplicar garantías y derechos para su defensa, sí se desconozca la aplicación de ese tipo de Derecho, que es el aplicable a una situación de conflicto armado interno.

Aunque en el proyecto de reforma a la justicia penal militar, el gobierno nacional ha tratado de mejorar la situación de inseguridad jurídica por la que atraviesan los militares, sigue de cierta manera desconociendo el JUEZ NATURAL propio del fuero militar, pues dentro del texto de reforma constitucional, describe un *numerus clausus* donde se señala, como se explicó a lo largo del presente escrito, una serie de

conductas que no serán nunca de conocimiento de la justicia penal militar, lo que conlleva a mantener de cierta manera la misma situación actual, pues discriminar conductas de tal manera, no es la forma de garantizar la seguridad jurídica de los militares, en la errada idea de que la justicia ordinaria es mejor para tal fin.

Permitir que se conserve y defienda el principio de juez natural como elemento integrador del debido proceso, determinando que aún aquellas conductas infractoras del Derecho Internacional Humanitario sean competencia de la Justicia Penal Militar, pues a pesar de desconocer en el momento de su comisión el fin constitucional que le es propio a las Fuerzas Armadas, estas se comenten en uso de la calidad y funciones que revisten al sujeto activo de la acción.

9.2. El concepto bandera de la Corte Constitucional en cuanto al fuero penal militar se refiere, es que en el mismo momento que un miembro de la Fuerza Pública infringe el Derecho Internacional Humanitario o viola los Derechos Humanos, se rompe el nexo de causalidad con el servicio y por ende el fuero, desprendiéndose de ello la pérdida de competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de este tipo de conductas.

Después del análisis normativo y del contexto del conflicto por el que atraviesa Colombia, debe oponerse al concepto de la Corte, pues de todas maneras el presunto infractor incurre en tales conductas de tipo ilícito valiéndose de la idea del cumplimiento de una misión constitucional, una orden de operaciones que respalda su actividad, diferente es el hecho de que posteriormente y contrariando la orden constitucional plasmada en la orden de operaciones, comete una conducta criminal; es más, del mismo modo puede entenderse cuando el hecho ilícito inicia desde el mismo momento del planeamiento de la operación, pues también se utiliza la investidura del militar, las armas de las que se lo dota, la calidad que ostenta para llevar a cabo una conducta típica de estas características.

Se reitera que se puede observar con claridad que en los dos casos planteados, que el actuar requiere de la actividad militar, pese a que se extralimita y se actúan transgrediendo la ley, es decir, se cumple con el requisito, exigido por la ley, la proximidad y claridad del vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio.

En ese orden de ideas, la aplicación de la competencia para conocer y sancionar las conductas de este tipo, debe hacerse en el contexto del conflicto armado interno, sin que sea óbice su gravedad, para desconocer que el juez natural para ello serán los Tribunales Militares, manteniendo el fuero aún en estos casos.

Es más, pese a reconocer el esfuerzo hecho por el gobierno para mejorar la situación jurídica de los militares en su proyecto de reforma, hubiese sido recomendable incluir dentro de ella, la correcta ubicación de la Justicia Penal Militar, dentro de la Rama Judicial, sacándola de la rama a la que en la actualidad pertenece, la Ejecutiva, incluyéndola en el aparte de jurisdicciones especiales, lo que evitaría tener que entrar a discusiones normativas, políticas y sociales sobre las conductas que son o no de competencia de la Justicia Penal Militar, tal como se maneja la jurisdicción indígena, esto mientras el presunto infractor este en servicio activo y en cumplimiento de una misión; esto si representaría una solución de fondo para la situación jurídica de los militares que se encuentran inmersos en procesos penales.

9.3. Una de las principales falencias en cuanto a la defensa de los miembros de las Fuerzas Armadas, es el desconocimiento de los operadores judiciales de la normatividad que debe aplicarse en los procesos que se adelantan en contra de militares, pese a estar ya demostrado y comprobado que Colombia se encuentra en situación de conflicto interno, tanto como en la justicia ordinaria como en la justicia penal militar, se profieren decisiones donde no se aplica del Derecho Internacional Humanitario, sino que se basan en lecturas aisladas de legítima defensa, estricto cumplimiento de un deber legal

entre otros, que son conceptos que se aplican en tiempos de paz, ese tipo de lectura del Derecho Penal, resulta en la decisión, en ocasiones de los miembros de las Fuerzas Armadas de la negativa de atacar a los integrantes del sistema rival para evitar someterse a un proceso sin garantías y sin la aplicación de la normatividad que corresponde por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollan este tipo de hechos.

Para esto se requiere trabajar en dos campos, primero en la preparación intensa de los funcionarios encargados de conocer y juzgar a los militares, sobre todo en el campo del Derecho Internacional Humanitario, no sólo para tipificar conductas, sino también para aplicar las garantías y el entendimiento que se da a una conducta realizada en desarrollo de un conflicto; también es necesario implementar y elevar a rango de ley de la república el Derecho Operacional, con el fin de que sus normas y principios sean aplicados en el desarrollo de estos procesos, tanto en el ámbito penal como en el disciplinario.

De otra parte, es necesario un compromiso por parte de la Fiscalía General de la Nación, en cuanto a la celeridad y eficaz investigación que se realice por las conductas violatorias de Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en las que incurren los miembros del sistema rival, pues así como se investiga y sanciona a los integrantes de las Fuerzas Militares por este tipo de conductas, de igual manera debe hacerse con estas personas, que por demás, sí se encuentran al margen de la ley.

9.4. Recordando que los miembros de la Fuerza así como cumplen obligaciones con la sociedad, también son sujetos de derechos, es importante reforzar la aplicación y observación del derecho de defensa que también les aplica, es por ende de imperiosa necesidad que el gobierno así como la comunidad jurídica vele por garantizar el

ejercicio adecuado, técnico y especializado del derecho a la defensa de los militares, implementado la defensa técnica pública para ellos, en condiciones iguales como la defensa pública que respalda a todo ciudadano colombiano, atendiendo el principio de igualdad.

Para que esto surta los efectos requeridos, es necesario que el proyecto no sólo se quede en letras, sino que se implemente en la realidad, destinando el presupuesto necesario para ello y gente con la capacidad necesaria para asumir ese reto, determinando un ente que lo maneje de la manera más eficaz, pues lo mínimo que se merecen los hombres que entregan su vida por la armonía del país, es que estén en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos colombianos.

9.5. Se concluye que si bien es cierto, el proyecto de reforma a la justicia penal militar, es uno de las mejores soluciones que se han planteado en mucho tiempo para la situación jurídica de los militares, salvo las objeciones y recomendaciones hechas a lo largo del presente escrito, esta no tendrá los resultados pedidos a gritos por los miembros de la Fuerza Pública, si sólo se queda en una norma que no se aplique, si no se crean las herramientas para llevar a la realidad las figuras que en el se contemplan, tal como pasó como la reforma del nuevo Código Penal Militar, que en lugar de convertirse en una solución, se convirtió en un problema de implementación, aplicación e interpretación.

9.6. Como quiera que se determina que efectivamente existen vacíos en la defensa de los militares, es de concluirse, que la mejor forma de recuperar el fuero penal militar y la legitimidad de la justicia penal militar y por ende de las actuaciones y operaciones de los hombres y mujeres que conforman las Fuerzas Militares de Colombia, es aprender de los errores pasados, erradicarlos, creando nuevas figuras y abriendo campo a un nuevo pensamiento jurídico acorde a la sociedad actual y al contexto de conflicto

interno que atraviesa el país y todas las consecuencias que esto implica, tanto para juzgar a un infractor de la ley, como para absolverlo cuando sea del caso.

El fondo de la solución radica en la necesidad de dotar de armas a la Justicia Penal Militar, que impidan que el fuero sea mal interpretado o se abuse de él, por el contrario, éste debe ser la herramienta para demostrar que la justicia penal militar es imparcial e imparte justicia en la debida forma, independientemente si el hecho es una infracción al Derecho Internacional Humanitario o un delito de centinela por ejemplo.

No puede llegarse a la conclusión que la única forma de garantizar la seguridad jurídica de los militares y recuperar la legitimidad de las actuaciones de la justicia es restringir las conductas que son de competencia o no de la justicia penal militar, pues con esto se sigue desconociendo el juez natural; debe entenderse que la solución tanto para castigar las infracciones a la ley para evitar su repetición, así como para absolver a aquellas personas que sean inocentes, es fortalecer la definición del marco jurídico a aplicar, las herramientas para garantizar la imparcialidad de los funcionarios que integran el cuerpo de justicia penal militar, el respaldo de una defensoría técnica para los miembros de la Institución Castrense y la elevación del Derecho Operacional a la categoría de ley de la República.

BIBLIOGRAFÍA

BECCARÍA, Cesar. Tratado de los Delitos y Las Penas. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L. 1993

CICR. Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra 1977. Edición revisada en 1996, p. 92

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. [En línea]. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0906_2004.html [Consultado el día 23 de Marzo de 2012].

CÓDIGO PENAL. [En línea]. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html [Consultado el 23 de Marzo de 2012].

CÓDIGO PENAL MILITAR. [En línea]. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0522_1999.html [Consultado el día 23 de Marzo de 2012].

CONSTITUCIÓN POLÍTICA 1991. Artículo 2. [En línea] Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf> [Consultado el 23 de Marzo de 2012]

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 8. [En línea]. Disponible en <http://www.oas.org./juridico/spanish/tratados/b-32.html>. [Consultado el 23 de Abril de 2012].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto 23 de Agosto de 1989. [En línea] Disponible en www.cortesuprema.gov.co [Consultado el 02 de Junio de 2012]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso No. 31080. M.P. YESID RAMIREZ BASTIDAS. 17 de Marzo de 2009. [En línea]. Disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co> . [Consultado el 23 de Marzo de 2012]

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. [En línea]. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/dudh.html. [Consultado el 24 de Abril de 2012]

DIRECTIVA 0181/2012. [En línea] Disponible en www.ejercito.mil.co [Consultado el 15 de Junio de 2012]

EL DEBIDO PROCESO. [En línea] Disponible en <http://forodelderecho.blogcindario.com/2007/12/00046-el-debido-proceso.html>. [Consultado el 15 de Abril de 2012]

EL TIEMPO. Dos mil militares piensan acogerse a sentencia anticipada. [En línea] Disponible en http://www.eltiempo.com/justicia/dos-mil-militares-piensen-acogerse-a-sentencia-anticipada_11971163-4 [Consultado el 24 de Junio de 2012]

ESTATUTO DE ROMA. [En Línea]. Disponible en http://www.hchr.org.co/documentos/html/pactos/estatuto_roma_corte_penal_internacional.html. [Consultado el 24 de Abril de 2012]

GACETA DEL CONGRESO. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo número 192 de 2012 Cámara. [En línea] Disponible en http://www.semana.com/documentos/Doc-2290_2012328.pdf [Consultado el 20 de Abril de 2012]

LA QUINTA ENMIENDA. [En línea]. Disponible en: http://www.law.cornell.edu/wex/espanol/la_quinta_enmienda. [Consultado el 20 de Abril de 2012]

LEY 522 DE 1999. [En línea] Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0522_1999.html. [Consultado el 05 de Mayo de 2012]

MACHICADO, Jorge. Carta Magna de Juan sin Tierra. [En línea]. Disponible en <http://ermoquisbert.com/pdfs/cm.pdf>. [Consultado el 15 de Abril de 2012]

MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. [En línea]. Fuero militar y control de reclusos uniformados. [Disponible en http://jeancarlomejiaazuero.blogspot.com/2011/02/fuero-militar-y-control-de-reclusos_8981.html] [Consultado el 03 de Marzo de 2012]

MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. Por el camino correcto en una nación que busca consciencia sobre su conflicto. [En línea]. Disponible en: <http://jeancarlomejiaazuero.blogspot.com/> [Fecha de Consulta: 29 de Marzo de 2012]

MONTESQUIEU. El Espíritu de las Leyes. Edición Electrónica 2010. [En línea]. Disponible en http://www.laeditorialvirtual.com.ar/PAGes2/Montesquieu/EspirituLeyes_01.html [Consultado el 22 de Marzo de 2012]

Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. [En línea]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/viii-naciones-unidas-prevencion-delincuente-45040521> [Consultado: 23 de Marzo de 2012]

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. [En línea]. Disponible en www.acnur.org/biblioteca/pdf/0015.pdf [Consultado el 28 de Marzo de 2012]

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO No. 192 DE 2012. [En línea] Disponible en [www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Prensa/Documentos/P.A.L192-2012-\(Fuero_Militar\).pdf](http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Prensa/Documentos/P.A.L192-2012-(Fuero_Militar).pdf) [Consultado el 10 de Julio de 2012].

RESOLUCIÓN 364-2002. [En línea]. Disponible en www.procuraduría.gov.co [Consultado el día 20 de Marzo de 2012].

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. [En línea] Editorial Civitas, citado por <http://forodelderecho.blogcindario.com/2007/12/00046-el-debido-proceso-html>. [Consultado el 15 de Abril de 2012].

RUIZ RAMIREZ, José Manuel. El Derecho al Debido Proceso como pilar de un Estado Democrático. [En línea]. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/56302753/El-Derecho-Al-Debido-Proceso-Como-Pilar-de-Un-Estado-Democratico>. [Consultado el 13 de Abril de 2012]

SENTENCIA C-017-96. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-017-96-html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012]

SENTENCIA C-037-09. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-037-09-html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012]

SENTENCIA C-141-95. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-141-95-html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012]

SENTENCIA C-358-97. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-358-97-html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012].

SENTENCIA C-358-07. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-358-07-html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012].

SENTENCIA C-361-01. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-361-01-html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012]

SENTENCIA C-554-01. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-554-01-html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012]

SENTENCIA C-878-00. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-878-00-html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012]

SENTENCIA SU-1184-2001. Corte Constitucional. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [En línea]. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf> [Consultado el 23 de Marzo de 2012]

SENTENCIA T-105-2010. Corte Constitucional. MP. JORGE IVAN PALACIO PALACIO. [En línea]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-105-10.html> [Consultado el día 01 de Mayo de 2012]

SENTENCIA T-030-05. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-030-05.html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012]

SENTENCIA T-066-05. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-066-05.html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012].

SENTENCIA T-386-02. Corte Constitucional. MP. RODRIGO ESCOBAR GIL. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-386-02.html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012]

SENTENCIA T-431-02. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-431-02.html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012]

SENTENCIA T-610-01. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-386-02.html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012]

SENTENCIA T-969-09. Corte Constitucional. [En línea]. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-969-09.html> [Consultado el 01 de Mayo de 2012]

VALENCIA TOVAR, Álvaro. Fuero Penal Militar y Justicia Penal Militar: una tradición histórica de la jurisprudencia colombiana. [En línea] Disponible en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/agosto2002/fuero.htm> [Consultado el 20 de Mayo de 2012]

BIBLIOTECA CENTRAL DE LAS FF. MM.
"TOMAS RUEDA VARGAS"



054639