

Adecuación del Control de Convencionalidad en los fallos disciplinarios castrenses

Laura Estefanía Fuentes Casallas\*

Tutor:

Dr. Jaime Sandoval

Programa de Especialización en Derecho Sancionatorio

Facultad de Derecho

Universidad Militar Nueva Granada

Bogotá, D.C., Mayo de 2016

\*Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada.

Estefania.fuentes.ef@gmail.com

**RESUMEN.**

El control de convencionalidad es aquella evaluación que se hace acerca de los fallos condenatorios emitidos en materia penal, para verificar si se encuentran o no adecuados a las normas de carácter internacional que rigen para los derechos humanos. No obstante, se debe hacer énfasis en que las decisiones administrativas también deben estar valoradas a la luz de los tratados y convenios internacionales de protección de los derechos humanos, toda vez que con un fallo sancionatorio en materia disciplinaria pueden verse coartados varios de estos derechos, como lo podría ser el derecho al trabajo, garantías judiciales, entre otros. Por eso se hace significativo el hecho de proponer la adecuación del control de convencionalidad en los fallos disciplinarios, en especial forma en los fallos castrenses.

**PALABRAS CLAVES.**

Control de convencionalidad, derecho disciplinario, régimen disciplinario de las fuerzas militares, derechos humanos.

**ABSTRACT.**

Conventionality control is that assessment made about the rulings in criminal matters, to verify whether or not they are appropriate to the international norms governing human rights. However, it should be emphasized that administrative decisions must also be assessed in the light of international treaties and conventions protecting human rights, since a punitive ruling in disciplinary matters may be thwarted several of these rights, as it might be the right to work, fair trial, among others. So significantis the fact of proposing the adequacy of control of conventionality in the military disciplinary decisions.

**KEYWORDS.**

Conventionality control ,disciplinary law , discipline of the military, human rights.

**INTRODUCCIÓN.**

Cuando se habla acerca del control de convencionalidad no es algo más allá de entender que las disposiciones a nivel interno de un Estado deben estar en concordancia con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, lo cual significa que en toda actuación en donde intervengan agentes estatales que tiendan a suspender algunos derechos humanos por los medios legalmente establecidos, se debe hacer en observancia a todas las garantías judiciales que apliquen en cada caso en concreto.

Por sobre todo se debe hacer valer las disposiciones convencionales sobre el derecho interno, ya que es de amplio conocimiento que tales instrumentos tienen el mismo peso y valor que la norma dictada por nuestra Carta Política. En otras palabras, se entiende como que ninguna Ley puede estar en oposición a los mandatos internacionales debidamente firmados y ratificados por el estado colombiano y lo que dispongan en su cuerpo normativo ya que hacen parte íntegra del ordenamiento jurídico nacional a través del bloque de constitucionalidad. En el mismo sentido lo argumenta la misma Corte a través de su conceptualización derivado del análisis jurisprudencial:

*“En la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), ha surgido el concepto control de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia.”*

Por consecuente, cada fallo judicial debe estar revestido por un control *ex officio* que debe realizar el funcionario judicial para encuadernar sus argumentos y resoluciones a lo que los mandatos internacionales dicten, lo que en última instancia se traduce como la protección de los derechos civiles, políticos y garantías judiciales<sup>1</sup>.

Ahora bien, el control de convencionalidad no debe estar restringido únicamente al campo penal de la nación, ya que existen otras decisiones procesales que pueden vulnerar o suspender el libre ejercicio de los derechos de las personas, como lo son los fallos en materia disciplinaria que rigen para los miembros de la fuerza pública, teniendo en cuenta que la comisión de una falta disciplinaria gravísima podría conllevar una sanción que en su máxima expresión sería la destitución de la fuerza pública a uno de sus miembros e inhabilidad para ejercer cargos públicos hasta de 20 años.

Lo que a todas luces demuestra que se ve afectado en cierta proporción el derecho al trabajo, y en especial forma, el debido proceso a través de todas las etapas procesales de la ley disciplinaria castrense, derechos contenidos a nivel internacional en lo preceptuado por las obligaciones de respeto y garantía por parte de los estados contratantes de la convención en toda la esfera normativa de los derechos preceptuados convencionalmente<sup>2</sup>.

Por eso se hace un especial estudio en esta área, para lograr determinar si los funcionarios falladores de los procesos disciplinarios al interior de las fuerzas militares realizan un control de convencionalidad a sus actuaciones, con el fin de prevenir conductas violatorias de derechos humanos, y en especial forma, que en

---

<sup>1</sup> Más información en Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Serie C No. 154 - Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Septiembre de 2006.

<sup>2</sup> Más información en “La dimensión internacional de los derechos humanos”. Washington. 1999.

la parte resolutive se apliquen solamente disposiciones de carácter nacional y disposiciones de orden interno de las fuerzas militares, como circulares al interior de cada fuerza, y dejen a un lado lo que los instrumentos internacionales dispongan para salvaguardar las garantías judiciales y debido proceso que cobijan a todos y cada uno de los disciplinables castrenses.

Este artículo de investigación pretende ser la base para consecuentes investigaciones y estudios respecto del tema del control de convencionalidad en armonía con la aplicación positiva de este al régimen disciplinario de las fuerzas militares. El método utilizado será el hermenéutico, en conjunto con el método analítico, a través del estudio y análisis de los componentes normativos sobre el tema a nivel nacional e internacional.

## **CAPITULO 1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.**

El control de convencionalidad se ejerce entre las normas del derecho interno y las disposiciones de derechos humanos del sistema interamericano de protección de tales, toda vez que vincula al juez y a los demás funcionarios de los países suscriptores del Pacto de San José en la tarea de limitar el poder político y defender los derechos humanos<sup>3</sup>.

Esto se concreta puntualmente en los casos en que existan fallos judiciales los cuales deben ser revisados de manera ex officio por los funcionarios con tales competencias, para corroborar que su actuar se encuentra ajustado a las normas internacionales de protección de derechos humanos, y al mismo tiempo evaluar si la legislación interna se encuentra ajustada a lo que el sistema interamericano de protección de DDHH ha estipulado como adecuación del régimen interno.

---

<sup>3</sup> Más información en caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Serie C No. 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Septiembre de 2006)

Tiene entonces el control de convencionalidad su génesis en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (CIDH 2001), en donde se efectúa la aplicación de manera oficiosa de dicha evaluación a un fallo en materia penal del tribunal de Chile:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.” (Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. 2001)

Según lo anterior, el ordenamiento interno de un Estado que es parte de la convención interamericana de derechos humanos, al firmar y ratificar dicho instrumento internacional se ve obligado a adecuar su legislación nacional a las disposiciones que se encuentran desarrolladas convencionalmente, como al estricto cumplimiento de tales normas internacionales, aun cuando las nacionales se encuentren en contravía de ellas, lo que equivale decir que por su rango y jerarquía, las normas convencionales se encuentran dispuesta de manera supra legal y en el más alto grado de cumplimiento.

Así es como el aparato judicial debe realizar el examen a contraluz de sus decisiones en derecho adecuadas a las disposiciones convencionales. Encuentra lo anterior su afirmación una vez más en la jurisprudencia de la CIDH:

“En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los

casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” (Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. 2001)

El control de Convencionalidad constituye un imperativo normativo a cargo de todos los jueces de los países que han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos (Concepto No. 180. 2015):

“La Corte reitera que la Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Parte se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción y que el Tribunal es competente para decidir si cualquier acto u omisión estatal, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. Además, la Corte señaló que, en esta actividad, el Tribunal no tiene ningún límite normativo y que toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.” (Concepto 180. 2015. Procuraduría Cuarta delegada ante el Consejo de Estado)

A la hora de conceptualizar el control de convencionalidad aplicado a los fallos judiciales e inclusive al mismo imperio de la Ley en el Estado parte de instrumentos internacionales, el Consejo de Estado ha reiterado lo siguiente (CE. 2014)

“El control de convencionalidad constituye un imperativo normativo a cargo de todos los jueces de los países que han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para garantizar la aplicación

efectiva de una hermenéutica garantista de derechos humanos, con respeto y apego no sólo a las disposiciones convencionales, sino también a la jurisprudencia del organismo internacional” (CE, Exp. 44333. 2014)

Aquí se da el reconocimiento del principio de universalidad de la protección, garantía y eficacia de los derechos humanos, lo que significa que los Estados no pueden permitir o fomentar la vulneración o trasgresión de las garantías mínimas del ser humano, so pena de medidas o condenas ejemplares que no sólo busquen la persecución de los autores de los delitos contra el orden penal internacional, sino también la reparación integral de los daños irrogados”

### **1.1 Alcance y aplicación del Control de convencionalidad.**

El alcance del control de convencionalidad se materializa cuando de manera autónoma e imperativa el juez lo realiza sobre el fallo condenatorio en materia penal que acaba de ejecutar, y que a pesar de haber sobrepasado sustancial y procedimentalmente alguna situación sobreviniente de nulidad, sobre garantías judiciales y derechos fundamentales, respecto de su providencia, se acerca a lo que se podría llamar la recurrente revisión de lo mismo que expide y ejecuta.

En otras palabras, a pesar de que con cautela y en protección de los derechos procesales que le asisten a las partes intervinientes, reevalúa su fallo para someterlo a un juicio de valoración que se ajuste y adecue a lo que internacionalmente se encuentre estipulado.

Todo ello, con el único objeto de proteger los derechos humanos contenidos convencionalmente y de los cuales se encuentra obligado el Estado contratante; de la misma manera lo expone el voto razonado del Juez García (CIDH 2003):

“Los jueces nacionales no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una “interpretación convencional”, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan “compatibles” con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1 de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconvencional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado.” (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile)

Teniendo en cuenta lo pretéritamente expuesto, se difiere objetivamente que el alcance del control de convencionalidad se extiende a los fallos judiciales en materia penal en cada una de las legislaciones que integran el sistema interamericano de derechos humanos.

De aquí se pregona que todos los funcionarios con atribuciones judiciales deben realizar un estudio juicioso de sus providencias, para detectar los ajustes a que deben estar ceñidos no solamente del ordenamiento interno, sino en especial e imperativa forma, a lo dispuesto en tratados de protección de DDHH y como medida coercitiva del sistema interamericano de protección, a la adecuación del régimen interno a las disposiciones de orden internacional y jurisprudencia de la Corte interamericana de DDHH. (CIDH caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México 2010). El control de convencionalidad representa para los Estados partes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la garantía jurídica procesal necesaria para el debido respeto del contenido, aplicación y efectos de la Convención Americana. (González, J. 2006. Huertas, O., Cáceres, V., Chacón, N. & Gómez, W. 2005).

En el mismo sentido se afirma positivamente la CIDH en su jurisprudencia, al proyectar el alcance de dicho control a la esfera y ámbito judicial de cada Estado miembro, reflejo de tal se observa en el Caso Trabajadores Cesados del

Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.” (Caso. Aguado Alfaro y otros Vs. Perú. 2006)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ratifica que en cuanto a que todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad”, (CIDH 2010):

“225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de

normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.” (Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México 2010)

Es clara en reiterar la Corte que a pesar de que los jueces están sometidos al imperio de la legislación nacional, también deben estar sujetos a lo que contengan los instrumentos convencionales de protección de derechos humanos, además de lo que la misma Corte contenga en su ámbito doctrinal al respecto, y en especial forma, adecuar sus decisiones judiciales a lo que contengan los instrumentos internacionales en procura de la protección de los derechos humanos y garantías decisiones judiciales que la administración de justicia en el ámbito penal decreta.

Resulta pertinente señalar que es obligatorio revisar todas las actuaciones y providencias ajustadas en derecho que puedan llevar a restringir bienes jurídicamente tutelados por los derechos humanos en todas sus instancias procesales.

En consecuencia es necesario aplicar el ejercicio del poder administrativo en fallos disciplinarios, en el entendido de que con la aplicación de una sanción por una falta cometida a título de dolo, siendo gravísima, y estando plenamente demostrada, el resultado conllevaría a la separación absoluta como sanción principal y la inhabilidad general en el ejercicio de funciones públicas para ese funcionario investigado, lo cual a todas luces, y obrando en estricto derecho sustancial y procesal, coarta en manera severa el acceso del derecho al trabajo al sujeto en todas las instituciones gubernamentales, dejando de un lado un derecho

de postulación a funciones públicas y carreras administrativas que pudiera tener la persona inmersa en este tipo de sanción.

Resulta así vulnerado de forma objetiva y justificadamente el derecho al trabajo, a la igualdad, y de ser un caso de violación fragante del debido proceso y defensa técnica, hablaríamos entonces también de una violación a las garantías judiciales, todos derechos contemplados en la convención americana de derechos humanos y siendo todas normas de protección y garantía en aplicación irrestricta por todos los estados miembros de dicha convención (CIDH 2010):

“En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” (Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México 2010)

Por ende se hace conducente el análisis de la aplicación del control de convencionalidad a los fallos del régimen disciplinario de las fuerzas militares en Colombia, toda vez que debe procurarse seguir un proceso justo, con el lleno de las garantías judiciales consagradas no solo a nivel interno sino también de manera convencional a través de las disposiciones internacionales que versen sobre derechos humanos.

## **2. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS MILITARES.**

Para dar origen al análisis de la adecuación del control de convencionalidad a los fallos disciplinarios castrenses, debe darse la connotación genérica que expone de manera adecuada la implementación del régimen disciplinario de las fuerzas militares en Colombia, para lo cual se avocará

sucintamente este tópico con los aspectos más relevantes de esta rama del derecho.

Se expide en Colombia la Ley 836 de 2003, mediante la cual se implementa el régimen disciplinario para los miembros de la fuerza pública, dentro de la cual se encuentran los principios rectores, mantenimiento de la disciplina, faltas, sanciones, procedimientos, y otros tópicos referentes a la exaltación o aprehensión por la comisión de conductas que atenten contra la disciplina al interior de las estructuras castrenses, siendo esta el máximo pilar fundamental para su existencia.

Por medio de la mencionada Ley se establecen los parámetros sancionadores y función disciplinaria a la luz de la Constitución Nacional y en aplicación de los tratados internacionales de forma tácita, en cumplimiento del mandato del bloque de constitucionalidad que debe ser aplicado objetivamente en todas las instancias procesales de este ámbito castrense. Así también lo sostiene la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación:

“De otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, (...) como también la Convención Americana sobre derechos humanos, (...) al haber sido suscrita por Colombia a través de la Ley 16 de 1972, hace parte del bloque de constitucionalidad y como tal es de forzoso cumplimiento por parte de las autoridades que representan al Estado colombiano.” (Fallo Segunda Instancia. 2006)

## **2.1 Generalidades del régimen disciplinario de las fuerzas militares.**

Según la Ley 836 de 2003, la potestad disciplinaria corresponde al Estado, sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, corresponde a las Fuerzas Militares conocer de los asuntos disciplinarios

que se adelanten contra sus miembros. Los destinatarios de este reglamento deberán ser investigados por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de la ley vigente al momento de la realización de la conducta.

En desarrollo de los postulados constitucionales, al personal militar le serán aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos que sean procedentes.

La disciplina, condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional. (Ley 836 de 2003)

Se mantiene cumpliendo los propios deberes y ayudando a los demás a cumplir los suyos. Del mantenimiento de la disciplina serán responsables todos los miembros de las Fuerzas Militares, en forma proporcional a los deberes y obligaciones del grado y el cargo que desempeñan. Los mejores medios para mantener la disciplina son el ejemplo y el estímulo, que tienden a exaltar ante los demás el cumplimiento del deber con el fin de perfeccionar y dignificar las mejores cualidades de la personalidad.

La carrera militar exige depurado patriotismo, clara concepción del cumplimiento del deber, acendrado espíritu militar, firmeza de carácter, sentido de la responsabilidad, veracidad, valor, obediencia, subordinación, compañerismo y preocupación por cultivar y desarrollar, en el más alto grado, las virtudes y deberes antes mencionados. (Ley 836 de 2003)

Uno de sus pilares fundamentales es el Honor Militar, el cual es el conjunto de cualidades morales y profesionales que sustentan las virtudes castrenses del valor, lealtad, rectitud y decoro, los cuales colocan al militar en condiciones de aprecio dentro de la institución y la sociedad a que pertenece.

El respeto mutuo entre superiores y subalternos es obligación para todo el personal de las Fuerzas Militares, cualquiera sea la repartición a la que pertenezcan, el sitio donde se encuentran y el vestido que porten. Los superiores tienen la obligación de servir de ejemplo y guía a sus subalternos, estimular sus sentimientos de honor, dignidad, lealtad y abnegación; fomentar su iniciativa y responsabilidad y mantenerse permanentemente preocupados por su bienestar. Deben además, inspirar en el personal confianza y respeto. (Artículo 24 valores militares Ley 836 de 2003)

Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la realización de cualquiera de las conductas o comportamientos previstos como tal en el presente reglamento, que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y atribuciones, trasgresión de prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el presente ordenamiento. (Artículo 56 Ley 836 de 2003)

Para efectos del presente reglamento, también se deberá tener presente lo dispuesto en los artículos 34 numeral 1 y 35 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, referentes a los deberes y prohibiciones universales de todo servidor público. Las faltas disciplinarias se clasifican en gravísimas, graves y leves. Las sanciones disciplinarias son:

1. Separación absoluta de las Fuerzas Militares: Es la cesación definitiva de funciones. 2. Suspensión: Consiste en la cesación temporal de funciones en el ejercicio del cargo sin derecho a remuneración. 3. Reprensión: Es la desaprobación expresa que por escrito hace el superior sobre la conducta o proceder del infractor. 4. Las inhabilidades general y especial en los términos de los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 734. 5. Cuando se imponga separación absoluta de las Fuerzas Militares, ello implica pérdida del derecho a concurrir a las sedes sociales y sitios de recreación de las Fuerzas Militares.

Clasificación de las sanciones: 1. Separación absoluta. Para oficiales, suboficiales y soldados voluntarios o profesionales cuando incurran en falta gravísima dolosa. 2. Suspensión hasta por noventa (90) días sin derecho a remuneración. Se aplicará a oficiales, suboficiales y soldados voluntarios o profesionales que incurran en falta grave o gravísima. En ningún caso se computará como tiempo de servicio. 3. Reprensión simple, formal o severa. Se aplicará a oficiales, suboficiales y soldados cuando incurran en faltas leves.

### **2.3 Sanciones por faltas gravísimas cometidas a título de dolo.**

Se tiene establecida la Separación absoluta de las Fuerzas Militares: Es la cesación definitiva de funciones. Aplica para oficiales, suboficiales y soldados voluntarios o profesionales cuando incurran en falta gravísima dolosa.

Con el fin de verificar si los hechos protagonizados por el presunto autor en comisión de falta disciplinaria, según la Ley tienen los requisitos para la configuración suficiente de las faltas que le fueron endilgadas, se debe hacer el análisis adecuado a los elementos normativos de: tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad. Frente a la tipicidad: Se debe entonces analizar dos elementos generales, el tipo que sería la figura que se manifiesta en la simple descripción de

una conducta o de un hecho y sus circunstancias, y la tipicidad que es la adecuación de la conducta al tipo. (C. Gómez. 2010)

La antijuricidad es otro de los elementos estructurales del delito, pero para afirmar que la conducta típica es también penalmente antijurídica, no basta con constatar la presencia de antijuricidad formal. Es preciso además que el comportamiento haya lesionado o al menos puesto en peligro el bien jurídico protegido por la norma. De este modo, se dice que una conducta es materialmente antijurídica cuando, además de ser contraria al ordenamiento, lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el Derecho penal quería proteger.

De la tipicidad surge la noción de falta disciplinaria, de la cual el derecho disciplinario se limita a hacer descripciones típicas de las conductas que la constituyen, así como a señalar los comportamientos frente a los cuales se puede configurar una infracción disciplinaria, lo cual refiere que las implicaciones en la condición de servidor público o en el ejercicio de las funciones públicas, que al cometer un comportamiento descrito en la ley como violatorio del régimen disciplinario realizado por quien desempeña funciones públicas, se prevé como consecuencia una sanción de igual naturaleza.

En materia disciplinaria, el doctor CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU ha señalado en su obra “Dogmática del Derecho Disciplinario”, que para que exista dolo basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido, y haya aceptado que le corresponde actuar conforme al deber. El conocer ya involucra al querer, pues si conozco y realizo la conducta es porque quiero, lo cual ha sido pregonado por HRUSCHKA al sentenciar que “quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo”.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup>(Dogmática del Derecho Disciplinario, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, edición 2ª, pág. 340)

Así lo comprende de igual forma el doctor Mejía Ossman en el criterio de evaluación y adecuación del grado de culpabilidad en cabeza del sujeto investigado, para determinar la ilicitud sustancial de su actuar en conjunto con la afectación del deber funcional que le impone la Ley al funcionario militar que ha trasgredido una norma de carácter disciplinario (Mejía. J. 2002):

“Como principio rector, la culpabilidad permite concretar la responsabilidad del destinatario de la ley disciplinaria, siempre y cuando y de manera previa, se haya probado la ejecución de un comportamiento típico y antijurídico, o con ilicitud sustancial, sin justificación alguna. No valorar la culpabilidad, es atribuir a quien se dirige el derecho disciplinario una responsabilidad de carácter objetiva, la cual está proscrita como lo establece este principio, ya que en este campo sancionatorio, al igual que en el del derecho penal, es de vital trascendencia el estudio y análisis de la responsabilidad subjetiva, esto es la comprobación de que la conducta típica y antijurídica, o realizada con ilicitud sustancial.”

Por su parte la culpa presenta dos modalidades, la culpa gravísima y la culpa leve. La primera se presenta según las voces del párrafo del artículo 44 de la ley 734 de 2002, aplicable al ordenamiento disciplinario castrense por remisión del artículo 198 de la ley 836 de 2003, cuando se incurre en la falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones. (Mejía. J. 2002)

### **3. AJUSTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS CASTRENSES.**

Como se ha logrado determinar en capítulos anteriores, el control de convencionalidad se aplica de manera ex officio en las decisiones judiciales para determinar que su contenido se encuentre no solamente ajustado a derecho sino que su cuerpo integral sea concordante con las disposiciones convencionales que versen sobre temas de derechos humanos.

Esta función se deriva de la obligación de proteger y garantizar la debida adecuación de las normas de derecho interno a las normas de protección de derechos humanos, consagrado en la convención interamericana de derechos humanos. (Concepto No. 180 / 2015 Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado)

Ahora bien, esa revisión posterior al fallo judicial debería extenderse también a los fallos administrativos que se expiden del derecho disciplinario, cuyo contenido en ocasiones versa en la sanción de la adecuación de una falta disciplinaria gravísima, que genera la separación o destitución absoluta de la entidad a la que pertenece el sancionado y una inhabilidad general por un determinado tiempo para desempeñar cargos o empleos públicos.

Todo lo mencionado, representa lo que ajustado en derecho concierne, que se suspende por tiempo definido el acceso al derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades para cargos estatales, además del retiro absoluto de la entidad donde laboraba como funcionario público, coartando de igual forma el derecho a la vida, a la familia, a la salud, y múltiples derechos que se desprenden del eventual retiro del trabajador de la entidad donde prestaba su servicio laboral.

En ese sentido, en los procedimientos ordinarios, adelantados en contra de miembros de la fuerza pública por la presunta comisión de una falta gravísima, consagrada en el artículo 58 de la Ley 836 de 2003, tenemos como génesis de la actuación el auto de apertura del procedimiento, en donde se hace la relación de

los hechos por los cuales se da origen a la persecución disciplinaria por parte del funcionario fallador con atribuciones disciplinarias.

En estas disposiciones, se adecua en un inicio la conducta disciplinaria que presuntamente cometió el investigado, así como la individualización de éste y la demostración de que se encontraba en servicio activo para la época de la comisión de los hechos materia de investigación. Además, el auto de apertura contiene en su cuerpo la determinación de las pruebas que serán recaudadas y obtenidas a través del funcionario de instrucción, el cual es designado en el mismo auto, y por último las debidas comunicaciones de ley a los sujetos investigados para que se notifiquen que en su contra acaba de iniciar una investigación disciplinaria.

Transcurrida la etapa de instrucción, se procede a declarar cerrada mediante auto que lo ordena la etapa de instrucción, y se corre traslado al investigado para que en el termino de 10 días hábiles presente sus alegatos precalificatorios, los cuales, tiene por objeto que el investigado obtenga copia del material probatorio recaudado en la etapa de instrucción para empezar a ejercer su derecho de defensa, para lo cual debe presentar por escrito sus alegatos previos a la calificación de los cargos que realiza el funcionario de instancia.

Posterior a la recepción de los alegatos precalificatorios, se estudiará el acervo probatorio recogido durante la etapa de instrucción en armonía con los alegatos presentados por el investigado, para determinar si la conducta encuentra sustento probatorio que permita formular cargos al investigado o, por el contrario, si la conducta no es constitutiva de falta disciplinaria, que el investigado no fue quien la cometió, o que se realizó la falta bajo alguna causal eximente de responsabilidad disciplinaria, lo cual generará el archivo de la investigación. Si se llegase a formular auto de cargos, se correrá traslado al investigado para que un tiempo de 10 días hábiles para que presente sus alegatos finales, dentro de los

cuales podrá solicitar la práctica de pruebas, las cuales deberán ser decretadas y practicadas en un lapso que no exceda los 30 días posteriores al decreto de las pruebas solicitadas. (Artículo 174 y SS de la Ley 836 de 2003)

Ulterior a la última etapa probatoria, el funcionario fallador emitirá fallo de primera instancia, en el cual podrá absolver al investigado, caso en el cual el expediente subirá en consulta ante el superior jerárquico del funcionario que emitió el fallo de primera instancia. En caso contrario, de encontrar disciplinariamente responsable al sujeto investigado, será sancionado de acuerdo al tipo de falta por la que fue investigado. Para faltas graves y gravísimas tramitadas por el procedimiento ordinario, la sanción será de manera general:

- Faltas gravísimas, el retiro absoluto de las fuerzas militares como pena principal e inhabilidad general por el tiempo de 10 a 20 años como sanción accesoria
- Faltas graves, suspensión del ejercicio del cargo y funciones por un término de hasta 90 días, los cuales no contarán como tiempo para el retiro o ascenso.

Cuando el fallo de primera instancia queda debidamente ejecutoriado ya sea porque no se presentaron los recursos de Ley o que se haya confirmado la misma sanción en fallo de segunda instancia, es cuando se debe contemplar el periodo o lapso de tiempo en donde debe realizarse por el funcionario competente que toma la determinación en la instancia correspondiente de realizar el control de convencionalidad del fallo disciplinario sancionatorio. Todo ello, en el entendido de que con esta evaluación post fallo se revisará si el mismo se encuentra ajustado no solamente a las disposiciones de carácter interno sino que también debe velarse la correcta adecuación y aplicación de las normas de carácter

internacional en procura de la salvaguarda de los derechos humanos que son inherentes a las personas.

Es así como debe propenderse que en el mismo término de ejecutoria del fallo de primera instancia, es decir cinco días posteriores a emitir el fallo sancionatorio, se realice positivamente el control de convencionalidad sobre tal providencia emitida por el funcionario con atribuciones disciplinarias, ya que dentro del estamento disciplinario para el régimen castrense, se tiene como principios rectores los mismos derechos fundamentales garantizados para cada proceso judicial.

En consecuencia se genera una revisión estricta en primera instancia de que el fallo se encuentra ajustado a todas las garantías judiciales, concretado estrictamente en verificar si el fallo es congruente con los hechos que generaron la investigación, al igual que el fallo guarde estrecha y real relación con los cargos formulados, que las pruebas hayan sido aducidas al proceso con los vistos legales y se haya dado la oportunidad de conocer las mismas a los sujetos procesales para que ejerzan su derecho de contradicción.

Si finalmente luego de ese control o análisis de convencionalidad se determina que el procedimiento se encuentra ajustado a derecho y cumple con los parámetros internacionales de protección de derechos humanos, y si no se presentan los recursos de ley dentro del término de ejecutoria, hablaríamos entonces de un fallo debidamente ejecutoriado, que se encuentra dentro de los parámetros establecidos por la CIDH. Lo anterior, en el sentido de adoptar las medidas necesarias para evitar la vulneración de derechos humanos en fallos sancionatorios de carácter disciplinario, en especial forma en el régimen castrense, por cuanto existen varios factores que pueden ser violatorios de los derechos y garantías judiciales y procesales que le asisten a los investigados. Especialmente, se aducen factores como, la relación de mando y sujeción, que

tienen los comandantes de las diferentes unidades militares, quienes cumplen con la función de ser jueces y partes dentro de la misma actuación disciplinaria.

Se tiene entonces una atribución inquisitiva, tal y como se veía en el procedimiento penal militar anterior a la Ley 522 de 1999, por cuanto recaía en una sola persona el don de mando y juzgamiento, es decir, todo en cabeza del comandante, siendo éste la cabeza de un leviatán que mandaba y sancionaba a sus subalternos. Dicho fenómeno es reincidente en el régimen disciplinario de las fuerzas militares ya que es el mismo comandante quien ordena a su asesor jurídico disciplinario la apertura de una investigación disciplinaria en contra de un subalterno. Es decir, se deja a un lado los juicios de valoración que en derecho deben realizarse para determinar si hay merito o no para la apertura de una investigación disciplinaria.

Esto genera un desgaste procesal dentro del sistema jurídico disciplinario de la Ley 836 de 2003, lo que en otras palabras significa que, las investigaciones disciplinarias en su gran mayoría, se dan apertura al capricho y discreción del comandante o superior con atribuciones disciplinarias, sin realizar el debido estudio jurídico factico que permita determinar si la conducta es o no una conducta típica disciplinaria. Por el contrario, tiene que ponerse en movimiento el aparato disciplinario de la fuerza para realizar dicho estudio de comisión, lo que en última instancia, se transforma en la directa acusación que realiza el comandante, basándose en un contraprinipio procesal de que el presunto investigado “es culpable hasta que se demuestre lo contrario.”

Continuando el esquema, está en las manos del comandante ser líder de su grupo y al mismo tiempo sancionarlo disciplinariamente, lo que nos conlleva particularmente al caso de la justicia penal militar, en donde para lograr una equidad, recta y leal administración de la justicia, se dejó aparte la labor de mando y juzgamiento en cabeza de dos personas diferentes sin sujeción de mando.

Así, se evita ese empoderamiento de los procesos en cabeza de un superior, se logra quitar esa presión oscura de los comandantes sobre los procedimientos viciosos que siempre proponen por el solo hecho de ser comandantes. Así lo vemos reflejado en la sentencia C-928 de 2007 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Dr. Humberto Sierra Porto del 7 de noviembre de 2007 en donde se realiza esa separación de mando y judicialización que se encontraban en cabeza de una sola persona denominada comandante y se divide en dos, el comandante con su mando, y el abogado oficial con los procesos judiciales, lo que determinó el fin de ese desequilibrio de poderes al interior del régimen penal castrense.

En el caso anterior debe ser aplicado en estricta y debida forma al sistema disciplinario de las Fuerzas Militares, en donde la cabeza visible de la actuación y funcionario competente para todos los asuntos, sea el oficial abogado con conocimiento de la Ley 836 de 2003, en derechos humanos y en derecho sancionatorio o penal, de lo cual resultaría una clara y positiva esquematización de una estructura disciplinaria única y coherente dentro del estamento castrense.

Ello obedece a que son los abogados oficiales quienes conocen de su aplicación y al mismo tiempo podrían llegar a realizar un juicio de valoración sobre el contenido, estructura y sentido del fallo sancionatorio en materia disciplinaria. En tal situación se concreta puntualmente con este ejercicio, el desarrollo efectivo real y ajustado del control de convencionalidad sobre los fallos sancionatorios emitidos y no en cabeza de los comandantes, quienes no tienen el suficiente conocimiento al respecto para determinar una labor tan importante como lo es exponer un fallo sancionatorio a la óptica de los derechos humanos.

Indispensable resulta que el funcionario fallador con atribuciones disciplinarias sea un abogado, conocedor de las normas de carácter nacional e

internacional, para que a través de su docto conocimiento pueda llegar a concretar un real y efectivo control de convencionalidad a los fallos disciplinarios que expida después de agotar todas las instancias procedimentales de la investigación disciplinaria.

Con todo lo anteriormente mencionado, se puede adecuar la aplicación del control de convencionalidad en los fallos sancionatorios del régimen disciplinario de las fuerzas militares partiendo desde un primer punto de separar el don de mando y sanción en cabeza del comandante, y dejarlo en cabeza de dos sujetos diferentes. El comandante con su mando y el oficial abogado con las atribuciones disciplinarias, sin fracturar el principio de juez natural, cuya adopción apunta a contar con un juicio disciplinario más justo para el procesado.

En segundo lugar, el funcionario con atribuciones disciplinarias debe ser un oficial abogado, con conocimiento en derecho sancionatorio, penal y derechos humanos, con el cual se garantiza la idoneidad en el juzgamiento y adecuación de las conductas en un marco de legalidad e imparcialidad. Además, para practicar los controles de convencionalidad sobre los fallos que él mismo expide, separado de la sujeción de mando con algún comandante de la unidad donde se encuentre, todo ello, con el fin de evitar desequilibrios de poder e interferencias oscuras dentro de los fallos disciplinarios.

Finalmente, el proceso de control de convencionalidad puede darse en el mismo término que cuenta el fallo para cobrar su ejecutoria, es decir, 5 días después de haber proferido fallo, en espera de la interposición de los recursos de Ley contra la misma providencia. Si no allega el sancionado algún tipo de recurso, queda en firme la sanción, bajo el control de convencionalidad realizado, lo cual indica que el fallo sancionatorio se encuentra acuerdo a los lineamientos y garantías judiciales dictados convencionalmente por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Ahora bien, si el sancionado recurre el fallo de primera instancia, se debe dejar suspendido el control de convencionalidad para ser aplicado en la decisión de segunda instancia y así verificar que la modificación, derogación o aclaración del fallo de primera instancia, se encuentre igualmente cubierto bajo la legalidad internacional analizada, en procura de los derechos humanos que entran activamente en cualquier ordenamiento judicial o sancionatorio por el bloque de constitucionalidad.

## **CONCLUSIONES.**

- El control de convencionalidad es aquella revisión de los fallos judiciales que debe realizar el funcionario que emite la providencia para determinar que se encuentra ajustada a los parámetros que rigen las garantías judiciales y las normas de protección de los derechos humanos, derivado este de la obligación de respeto y garantía emanada de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.
- Es un control ex officio que realiza el funcionario judicial para rectificar la correcta adecuación y cumplimiento de los derechos civiles, políticos y de garantías judiciales que le asisten a todas las personas inmersas en fallos judiciales en aras de garantizar la transparencia y correcta adecuación del fallo con los fundamentos facticos y probatorios, demostrados a lo largo del procedimiento judicial.
- El control de convencionalidad puede ser adecuado en los fallos sancionatorios emitidos por la autoridad con atribuciones disciplinarias al interior de las fuerzas militares, cuya adopción apunta a contar con un juicio más justo para el procesado.

- Puede realizarse una estructuración orgánica del régimen disciplinario de las fuerzas militares, adoptando del régimen penal militar la separación entre las funciones de comandante y sancionador, en el entendido que debe quedar en cabeza de dos sujetos diferentes, el comandante consagrado con su don de mando, y un oficial abogado con las atribuciones disciplinarias para la unidad militar donde se encuentra.
- Esa separación de atribuciones arroja como resultado la distinción entre los funcionarios que investigan y fallan, ejemplarizados en el funcionario fallador de instancia y el funcionario de instrucción, designado por el mismo fallador, quien es el que da apertura formar a las investigaciones, formula cargos y resuelve los recursos de ley, logrando así una adecuación del sistema disciplinario de las fuerzas militares más fuerte, mas imparcial y sin la incidencia de los superiores o comandantes mal intencionados que con su superioridad y antigüedad buscan dar un curso no legal a las investigaciones que hoy en día se tramitan al interior de las fuerzas armadas.
- El control de convencionalidad encuentra su espacio para ejecutarlo en el mismo término que tiene las providencias sancionatorias disciplinarias para cobrar ejecutoria, es decir, dentro de los 5 días siguientes a la expedición del fallo, termino en el cual el sancionado puede ejercer los recursos de Ley que le asisten para modificar, revocar o aclarar el fallo de primera instancia.
- Tomando en consideración el código penal militar, Ley 1407 de 2010 y Ley 522 de 1999, el régimen disciplinario está debidamente expuesto a la aplicación positiva y dogmática de la Carta Política, aceptando *persé* que diversos tratados internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad.

- En el régimen disciplinario para las fuerzas militares se deben introducir ciertas garantías procesales propias de un sistema acusatorio, es decir, la distinción entre quien investiga y quien falla, a lo que realmente se refiere, funcionario de instrucción y funcionario fallador, cuya adopción apunta a contar con un proceso disciplinario más justo para el presunto infractor.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

- Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Serie C No. 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Septiembre de 2006)
- Banco Interamericano de Desarrollo. (1999). La dimensión internacional de los derechos humanos. Washington.
- Bohórquez, L.F., & Bohórquez, J.I. (2009). Diccionario Jurídico Colombiano. Bogotá: Editora Jurídica Nacional.
- Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Serie C No. 220 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de noviembre de 2010)
- Camargo, P. (2004). Manual de Derecho Penal Internacional. Bogotá: Leyer.
- Cargo, P. (1993). Tratados de Derecho Internacional. Bogotá: Temis.
- Comisión Andina de Juristas. (1999). Protección de los derechos humanos. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Congreso de la República (2002).Ley 734. Bogotá.
- Congreso de la República (2003).Ley 836. Bogotá.
- Convención interamericana de derechos humanos. (1969)
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948)
- Fallo de Segunda instancia, 161-2765. (Sala Disciplinaria-Procuraduría General de la Nación. 25 de mayo de 2006)
- Gómez, C. (2010) Dogmática del Derecho Disciplinario, edición 2ª. Bogotá.

- González, J. (2006). Derechos Humanos, relaciones internacionales y globalización. Bogotá: Ibáñez.
- Huertas, O., Cáceres, V., Chacón, N. & Gómez, W. (2005). Convención americana de derechos humanos, doctrina y jurisprudencia. Bogotá: coedición Universidad Autónoma de Colombia – Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Huertas, O., Cáceres, V., Chacón, N. & Gómez, W., Castellanos, E. & Sanabria, J. (2006). Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperación de la memoria Histórica. Bogotá: Ibáñez.
- Huertas, O., Ramírez, G., García, F., Segura, A. & Pinzón, B. (2007). El derecho a la vida en la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. Bogotá: Ibáñez.
- Martín, C., Rodríguez, D. & Guevara, J. (2012). Derecho internacional de los derechos humanos. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara.
- Mejía, O. (2007). Régimen disciplinario de los servidores públicos, militares, médicos, abogados, leyes, ETC. Bogotá: Doctrina y ley.
- Mejía, O. (2004). Procedimiento disciplinario. Bogotá: Doctrina y ley.
- Mejía, O. (2015). De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2004). Derecho internacional de los derechos humanos. Bogotá.
- Salcedo, M. (2000). Historia de las ideas políticas. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Santamaría, A. & Veerchioli, V. (2008). Derechos humanos en América latina. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Simposio de la Asociación Iberoamericana de Filosofía Política. Iberoamérica Doscientos Años, Democracia, Comunidad e Instituciones.

- (2011). Justicia, estados de excepción y memoria: por una justicia anamnética de las víctimas. Bogotá: Universidad del Rosario, 2011.
- Valencia, A. (2004). Derecho internacional de los derechos humanos. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. México: Fontamara S.A.
  - Valencia, H. (2003). Diccionario Espasa derechos humanos. Bogotá: Espasa.
  - Vergara, A. (1989). Derecho internacional público. Bogotá: Ediciones imprenta Nacional.
  - Viveros, J. & Viveros, L. (2009). Derecho internacional de los derechos humanos. Medellín: Librería jurídica Sánchez R. LTDA.