

*La inaplicabilidad del principio de favorabilidad en el proceso penal militar en el marco
de la ley 1407 de 2010*

Edna Yalile Rodríguez Barragán
Código 3000744



Universidad Nueva Granada
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Procesal Penal
Bogotá D.C.
2018

La inaplicabilidad del principio de favorabilidad en el proceso penal militar en el marco de la ley 1407 de 2010

Edna Yalile Rodríguez Barragán ¹

Resumen

La investigación realizada tuvo como propósito dilucidar la respuesta al problema planteado ¿Cómo garantiza el principio del debido proceso la aplicación del principio de favorabilidad penal, ante la inaplicabilidad de lo previsto en la Ley 1407 de 2010 en la jurisdicción penal militar por falta de implementación administrativa del procedimiento establecido en el nuevo estatuto penal militar?, teniendo las orientaciones de Robert Alexy como referente teórico. En conclusión, el principio del debido proceso se erige como marco de actuación en materia penal, siendo un principio reconocido a nivel constitucional y jurisprudencial, en el cual se resalta el principio de favorabilidad penal como uno de sus elementos fundamentales, lo cual es aplicable en la jurisdicción penal militar.

Palabras claves: favorabilidad penal, debido proceso, justicia penal militar, estatuto militar, implementación administrativa.

Abstract

The purpose of the investigation was to elucidate the response to the problem raised. How does the principle of due process ensure the application of the principle of criminal favorability, given the inapplicability of the provisions of Law 1407 of 2010 in the military criminal jurisdiction for lack of administrative implementation? of the procedure established in the new military criminal statute ?, having the guidance of Robert Alexy as a theoretical reference. In conclusion, the principle of due process is established as a framework for action in criminal matters, being a principle recognized at the constitutional and jurisprudential level, in which the

¹ Este artículo es resultado de la investigación realizada como opción de grado en la Maestría de Derecho procesal penal de la Universidad Nueva Granada.

principle of criminal favorability is highlighted as one of its fundamental elements, which is applicable in the military criminal jurisdiction.

Keywords: criminal favorability, due process, military criminal justice, military statute, administrative implementation.

Introducción

La inaplicabilidad del principio de favorabilidad penal en la justicia militar colombiana, tiene en entredicho la efectividad de las garantías constitucionales y legales dentro del marco de esta jurisdicción especial encargada de investigar y juzgar al personal militar y policial, por conductas consideradas como contrarias al ordenamiento jurídico penal, siempre que estas mismas se realicen en ejercicio de las funciones y atribuciones propias del servicio, de conformidad con la misión constitucional, legal y reglamentaria.

Tal como sucedió con la jurisdicción penal ordinaria, en Colombia se improvisó la imposición de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal castrense de corte acusatorio, prolongando en el tiempo la vigencia del procedimiento anterior de manera indefinida, dando lugar a la coexistencia de dos regímenes procesales penales, en esencia, diversos.

Esta situación, aunada a la falta de seguridad jurídica, el cambio de reglas de enjuiciamiento, la proliferación de normas que no se aplican, genera desasosiego e insatisfacción social, tanto para los acusados como para la comunidad que espera resultados positivos de acuerdo con los ideales y comprensión de justicia.

El contar con una norma que no se aplica plantea, además, un escenario donde pueden llegar a configurarse violaciones a los derechos fundamentales de los investigados, por lo que resulta más que vital su análisis para el ejercicio del derecho penal militar, frente a los postulados de la constitución política y los tratados sobre derechos humanos que hacen parte de ella.

Para el desarrollo de este trabajo, se buscará realizar un análisis de esta problemática a través del estudio conceptual de distintas posiciones doctrinales sobre el principio de favorabilidad. Seguidamente se analiza el principio del debido proceso y la aplicación del principio de favorabilidad penal, ante la inaplicabilidad de lo previsto en la Ley 1407 de 2010 en la jurisdicción penal militar.

Metodología

La investigación tuvo como objetivo analizar cómo garantiza el principio del debido proceso la aplicación del principio de favorabilidad penal, ante la inaplicabilidad de lo previsto en la Ley 1407 de 2010 en la jurisdicción penal militar por falta de implementación administrativa del procedimiento establecido en el nuevo estatuto penal militar. Para ello, la investigación se apoyó en un tratamiento esencialmente cualitativo, descriptivo y bajo un método deductivo-inductivo.

Las fuentes utilizadas fueron primordialmente las fuentes de derecho como la Constitución Política, leyes, decretos y resoluciones pertinentes, como también la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH-. Para su análisis se tuvo como categorías metodológicas las siguientes: favorabilidad, legalidad, debido proceso, garantías judiciales.

Resultados

El principio de favorabilidad en materia penal, se torna en una excepción a la máxima general de la aplicación de las leyes hacia el futuro, surge de la máxima *“favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda”* (lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse), y solamente tiene aplicación cuando existe sucesión de leyes. Además se matricula a la antigua norma del derecho Romano *“omnia pro reo beneficus”* (Todo en beneficio del reo). Sin duda se podría decir que el postulado objeto de estudio cabe en el contexto general de que *“Toda ley es retroactiva en materia penal cuando favorece al reo”* (González, 2012, p. 1).

Este postulado es de aquellos considerados dentro de la órbita constitucional como de la estructura del debido proceso y es reconocido como derecho fundamental en el nuevo paradigma superior de 1991, por lo que se encuentra que a partir de la Carta Política de 1991, la jurisprudencia de las altas cortes colombianas (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior Militar) también los jueces de Tutela, han dejado de manifiesto la importancia de su aplicación como garantía judicial de los investigados.

En el contexto planteado se tiene que el acto legislativo 03 de 2002, produjo cambios *“en ciertos artículos de la parte orgánica más no en la dogmática y, por tanto, se hace necesario interpretar las modificaciones por él introducidas teniendo en cuenta el principio de unidad de la constitución”* (Corte Constitucional, 2006, p 12), lo que equivale a que las normas del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) y también del nuevo código procesal penal militar (ley 1407 de 2010), deben comprenderse y aplicarse conforme a los derechos fundamentales y a los principios consagrados en la Constitución.

Con fundamento en esta reforma constitucional, se expidió la Ley 1407 de 2010, con la cual el legislador buscó dar vida a un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal de corte acusatorio, con aplicación al personal militar y policial, por delitos que tengan relación con el servicio. Se tuvo en cuenta que esta normatividad no solamente encuadra el aspecto general y especial de la codificación castrense, sino también el procedimiento a aplicar durante la investigación y el juzgamiento.

Sin embargo, esa intención del poder legislativo se ha dilatado en medio de los trámites administrativos que implica la implementación sucesiva del sistema, haciendo

nugatorio el esquema y, de contera se ha constituido en una forma de quebrantamiento del ordenamiento jurídico nacional, al quedar sumido en un vacío de aplicación de la norma procesal y en procedimientos de adecuación institucional como la transformación de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar del Ministerio de Defensa Nacional en la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial (Ley 1765 de 2015).

Reflejo del anterior planteamiento es lo que se observa en las decisiones del Tribunal Superior Militar (157307-7903-XIII-193/174-EJTO; 158297-7192-XIV-554-PNC; 140630-288; 157563-9487-XIV-592; 157628-7941-XIII-253-EJC), evidencias analizadas para la formulación de este proyecto investigativo, donde se vislumbra la dificultad de aplicar los elementos propios del sistema acusatorio plasmado en la ley 1407 de 2010, por cuanto aún no se ha puesto en marcha, lo que impide que se favorezca a los investigados y condenados con los beneficios que trae, entre ellos el de favorabilidad.

Surge entonces la imposibilidad de dar aplicación al principio de favorabilidad penal, entendido como

[...] uno de esos principios generales del sistema penal que desde la órbita constitucional conforma la estructura del debido proceso, es una herramienta orientada al logro de los fines de nuestro ordenamiento jurídico y a la cual los operadores del sistema deben acudir para establecer las técnicas procedimentales a que se debe sujetar el derecho penal y el derecho procesal penal (Vásquez, 2002, p. 5).

Las evidencias extractadas de las sentencias del Tribunal Superior, pone en evidencia la problemática que conlleva el fenómeno de la inaplicabilidad de la Ley 1407 de 2010, lo que sin duda alguna afecta las garantías judiciales previstas tanto en el ordenamiento jurídico interno como en lo instrumentos internacionales.

Legalidad y favorabilidad en el derecho penal y militar

Los principios de legalidad y debido proceso deben ser aplicados en la justicia penal militar, así como se aplican en la justicia penal ordinaria, y como se plantean en el orden constitucional, como garantías judiciales del procesado. Estas garantías judiciales son de orden criminal (legalidad) y de enjuiciamiento (debido proceso).

Cabe recordar que el principio de legalidad, parte del concepto de que “No hay delito ni pena sin ley”. Además tiene su fundamento en la Carta Magna Inglesa, en la cual se estableció que para hacer prisionero o imponer un castigo a cualquier persona es necesario el juicio legal de sus pares, aplicando la ley de su respectivo país (Ferré, Núñez & Ramírez, 2010).

De otra parte, el principio de legalidad trae como consecuencia implícita, que solamente las leyes pueden decretar las penas de los delitos cometidos, por lo tanto la autoridad al respecto está a cargo del legislador. Por lo anterior, queda claro además, que ningún magistrado puede aumentar la pena previamente establecida contra un ciudadano que haya cometido un delito.

El principio de legalidad se encuentra presente en todas las disposiciones legales a nivel internacional, así como en los textos constitucionales a fin de garantizar los Derechos Humanos de los sindicados por algún tipo de delito. Al respecto, la declaración Universal de los Derechos Humanos establece que, nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no se contemplen como punibles de acuerdo con el derecho nacional o internacional. Sumado a esto, estipula que la pena que se imponga no puede ser mayor que la que era aplicable en el momento en que se cometió el acto punible (Ferré, Núñez & Ramírez, 2010).

Lo anterior, teniendo en cuenta la necesaria observación de los lineamientos del derecho internacional, ya que la definición en Colombia del principio de legalidad es acorde con los avances y desarrollos que se presentan en ese ámbito (Sandoval, 2016).

Esta relación, aunada al desarrollo del principio de legalidad en el país da cuenta de “un principio de legalidad derivado de la dogmática pena en desarrollo (finalismo-funcionalismo), junto con el garantismo penal (sustancial y procesal) como fundamento de integración constitucional, defensa frente asuntos de connotación internacional y sobre todo de legitimidad penal” (Sandoval, 2016, p.141).

Siendo un proceso en el cual el bloque de constitucionalidad entró a complementar el principio de legalidad consagrado en la Constitución de 1991. De modo que, la definición de principios como el de legalidad, hacen parte de la consolidación de mecanismos de protección del ciudadano, teniendo alcances que trascienden la legalidad y configuran la legitimidad. Ya que

(...) además de la potestad normativa para el ciudadano, es necesaria la prevalencia sustancial de los derechos humanos, así como de mecanismos de enjuiciamiento que sobre todo deben evidenciar justicia efectiva. El panorama anterior, asegura la garantía criminal del ciudadano que ampara sus derechos fundamentales, la seguridad jurídica, la justicia material, la legalidad y propiamente la legitimidad (Sandoval, 2018, Notas de edición).

Es necesario también aclarar, que el principio de legalidad determina que en ninguna circunstancia se puede sancionar penalmente una conducta que con anterioridad no se haya prohibido por la Ley penal. De otro lado, es preciso mencionar que el principio de legalidad tiene un doble fundamento, por una parte político y por otra penal. En cuanto al ámbito penal, dentro del principio de legalidad la creación de delitos le corresponde al Parlamento.

Ahora bien, el principio de legalidad implica cuatro garantías principales:

- Garantía Criminal
- Garantía Penal
- Garantía de ejecución
- Garantía jurisdiccional (Ferré, Núñez & Ramírez, 2010,p.76)

Es importante señalar, que la garantía criminal requiere que los elementos fundamentales del delito, estén descritos e incluidos en una ley en un sentido formal.

En concordancia con lo anterior, la Sentencia C-203 de 2005, estipula que en el procesamiento penal de menores de edad, se deben seguir de manera estricta las pautas tanto internacionales, como constitucionales mínimas. Además, la sentencia contempla las garantías y protección de los derechos de los menores de edad, pese a que se les procese por haber infringido la ley. Como se había mencionado previamente, el principio de legalidad plantea que nadie puede ser acusado de un delito que no aparezca de forma expresa en la ley.

Previamente, también se mencionó que la aplicación del principio de legalidad debe darse en armonía con el derecho internacional y el esquema de protección de los derechos humanos. Evidencia de ello, es el siguiente apartado de la sentencia C-203 de 2005:

Así, el artículo 163 del Código consagra (i) el principio de legalidad de los delitos y las penas, al establecer que *“ningún menor podrá ser declarado autor o partícipe de una infracción que no esté expresamente consagrada en la ley penal*

vigente al tiempo en que se cometió”; y (ii) el principio del juez natural, al ordenar que tal declaración de responsabilidad deberá efectuarse “*ante juez competente previamente establecido*”. A su turno, el artículo 164 dispone en términos generales que “*igual que en todos los demás procesos, en aquellos donde se involucre un menor se respetarán las garantías procesales consagradas en la Constitución y en las leyes*”, y resalta la importancia de tres de dichas garantías: la presunción de inocencia, al derecho de defensa y el derecho a ser informado de las circunstancias de la aprehensión. Se trata de disposiciones que han de interpretarse de manera armónica con las normas internacionales obligatorias para Colombia, mientras la Corte no se haya pronunciado sobre su exequibilidad.

Por otra parte, atendiendo a la noción de debido proceso, así como al principio de favorabilidad, los cuales tienen una estrecha relación con el principio de legalidad, en otro de sus apartados, la citada Sentencia indica que:

los procesos penales contra menores de edad se rigen, como los demás procesos de la misma índole, por las normas constitucionales que consagran los derechos y garantías que se le conceden a toda persona sindicada de un hecho ilícito, entre los que cabe destacar el derecho al debido proceso, que comprende el derecho de defensa, el derecho a nombrar un abogado que lo asista en el proceso o a que se le designe uno de oficio, el derecho a impugnar las decisiones judiciales e interponer los recursos correspondientes, el derecho a pedir y contradecir las pruebas, el derecho a que se le aplique el principio de favorabilidad, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado conforme a las normas preexistentes al hecho que se le imputa, por jueces previamente señalados y por hechos preestablecidos en la ley como punibles, entre otros (Sentencia C-203, 2005)

Como se puede observar en el fragmento de la Sentencia, cualquier procedimiento que se realice para judicializar a un sindicado de un delito, debe siempre estar enmarcado en el principio de legalidad.

Esto implica que se deba modificar la justicia penal militar, es decir, dejar de ser solamente un acto administrativo, para implementarse como un concepto de jurisdicción.

Posiciones doctrinales sobre el principio de favorabilidad penal

Etimológicamente la palabra favorabilidad emana de *favor*, proveniente del latín que equivale a ser *propio o propicio*. Amparar, referente a lo *favorable*. Los romanos prestaron especial atención y exaltaron de vital importancia a las circunstancias a las excepciones y a los diferentes matices y adecuaciones fácticas. “*in causa ius esse positum*”. La solución justa depende del caso o el derecho es puesto, determinado en el caso (García, 1988).

En este sentido, los legisladores colombianos, bebieron en las fuentes latinas, los criterios de practicidad del derecho antiguo con un carácter esencialmente práctico, enfocado

a su aplicación, yendo de lo particular a lo general. Ihering, uno de sus grandes cultores modernos, basándose en el espíritu del Derecho romano y afirmando que el Derecho se dirigía a regular la práctica, pudo señalar:

El derecho existe para realizarse. La realización es la vida y la verdad del derecho; ella es el derecho mismo. Lo que no está en la realidad, lo que no existe más que en las leyes y sobre el papel, no es más que un fantasma de derecho; (...) al contrario, lo que se realiza como derecho, es derecho, aunque no esté en las leyes, y aunque ni el pueblo y la doctrina sean conscientes de él. Señalaba así mismo Ihering que, mientras el derecho actual clasificaba por nociones, el derecho antiguo clasifica sin separar las nociones del caso concreto (Troller, 1975, p. 5).

Inspirados en estas concepciones jurídicas, y con apego al modelo anglosajón, se adoptó un nuevo sistema de enjuiciamiento penal militar (Congreso de la República, 2010), de corte acusatorio, plasmado en la enmienda a la constitución (Congreso de la República, 2002), introduciendo cambios *“en ciertos artículos de la parte orgánica más no en la dogmática y, por tanto, se hace necesario interpretar las modificaciones por él introducidas teniendo en cuenta el principio de unidad de la constitución”* (Corte Constitucional, p 12), lo que equivale a que las normas del Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004 y también del nuevo código procesal penal militar, Ley 1407 de 2010, deben comprenderse y aplicarse conforme a los derechos fundamentales y a los principios consagrados en la Constitución.

Como consecuencia de este acto jurídico, prevalece en la órbita constitucional elevado a la categoría de derecho fundamental como elemento de la estructura del debido proceso en la codificación superior de 1991. Es así como se encuentra que a partir de la Carta Política de 1991, la jurisprudencia de las altas cortes colombianas, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior Militar, también los jueces de Tutela, han dejado de manifiesto la importancia de su aplicación como garantía judicial de los investigados.

Con una visión netamente positivista se cita el trabajo realizado de donde se extrae esta frase:

Esta regla general no puede desconocer el principio de favorabilidad, por cuanto la Constitución no hace diferenciación alguna. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han

aceptado que ello sea así, siempre y cuando las normas procesales no sean de contenido sustancial” (Correa & Uribe, 2014, p.32).

Se tiene como cierto el hecho generador de decisiones judiciales amparadas en criterios de coexistencia normativa que implica enervar en favor del investigado lo que resulte en su favor. Pero no se interna en el análisis necesario, para encontrar las causas del problema planteado sobre la aplicación de la norma vigente, sin dilaciones inherentes a procesos, que deben resultar ajenos a trámites burocráticos que niegan su aplicación.

Continuando con esta línea de pensamiento se encuentran posiciones basadas en criterios de ponderación de derechos, como se señala:

Es decir, en este caso las garantías del más débil sobre el ente acusador que es el Estado, en torno al proceso penal militar que se está adelantado en contra del mencionado miembro de la fuerza pública y que no es otra cosa que la aplicación de criterios de ponderación, en este caso criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad al momento de aplicar una u otra norma. (Laverde, 2015, p.59).

Establecer prioridades frente a uno u otro derecho fundamental de las personas, puede resultar atentatorio contra el concepto general de dignidad del ser humano, de las garantías efectivas de protección *pro homini*, que deben ser observadas con rigurosidad por los funcionarios judiciales: ¿Cómo medir la importancia de la libertad frente a la restricción de otros derechos que pueden resultar prioritarios para el encartado, el cual tiene una visión distinta de quien lo juzga y condena? Mientras para aquel puede ser vital que se le garanticen los derechos en todo el procedimiento, para el investigador o fallador le puede parecer más importante elegir entre la medida de aseguramiento intramural o la detención domiciliar.

No se comparten métodos basados en conceptos subjetivos que conllevan a inclinar la balanza a uno u otro lado dependiendo del interés del sentenciador, como es común en el sistema judicial colombiano.

Trazando el derrotero académico, se encuentra la posición de Orlando González Rojas, quien advierte sobre la no aplicación, por exigencia legal, de beneficios propios del procedimiento penal, en la medida en que para delitos sexuales no es dable obtener réditos a su favor. Al respeto señala:

En la legislación colombiana el principio de favorabilidad consiste en que la ley favorable aun cuando sea posterior debe ser aplicada de preferencia sobre la desfavorable. Sin embargo, existen delitos reprochados socialmente que cuestionan la aplicación de este delito. Tal es el caso de la aplicación de este principio en los procesos relacionados con conductas punibles referentes a delitos sexuales contra niños y niñas. Este artículo realiza un estudio acerca de un caso en el cual se involucra un animal para cometer un delito sexual y al considerarse un acto inhumano, la favorabilidad del procesado se ve vulnerada ya que no es reconocida en los delitos de tal magnitud. (González, 2015, p.4).

En efecto, apegados a la norma positiva, se encuentra esta limitación que bien podría considerarse discriminatoria como quiera que en Colombia no existe una política criminal basada en la realidad social y menos aun cuando en los procesos de planeación de la nación, no se prevé a largo plazo la construcción del entramado social que permita vislumbrar el tipo de país y el nivel de vida que se quiere tener para sus ciudadanos, que busque la convivencia social, basada en la igualdad de oportunidades y que conlleven al mejoramiento de las posibilidades de crecimiento personal y como consecuencia de ello, la reducción de la criminalidad, lo que a la larga redundaría en progreso social y económico.

María Paulina Gómez Pérez (2012), en su trabajo de grado, anota con razón, la tendencia de los sistemas globales por proteger a las víctimas de actos delictuales. También diferencia la expedición de normas de su aplicación, apegado a su tenor literal que exige su implementación, por lo que en ese escenario también puede lesionarse derechos de aquellos, que para el imputado le son vitales.

De otro lado, en contraposición de la posición de Gómez (2012), no puede justificarse el dolor por el dolor para reprimir la criminalidad, sino que debe buscarse alternativas distintas de atemperar los sentimientos que van quedando en personas que por cualesquiera condición arremete contra otras en pro de sus instintos o simplemente para atender necesidades básicas insatisfechas de antaño, lo que resulta por ejemplo, de hurtar alimentos en tiendas barriales y grandes superficies.

Para el Tratadista Fernando Vásquez Velásquez (2010), no solamente es necesaria la aplicación de la ley vigente sino que es obligatoria desde que nace hasta que desaparece del ámbito jurídico, surgiendo el deber para el operador de imponerla a la conducta puesta a su evaluación, por lo que en la práctica judicial no siempre ocurre por tanto la misma está

expuesta al rigor interpretativo, que en el sistema colombiano en materia criminal atiende más al apego gramatical, que a contenidos teleológicos o de otra índole.

Deja en claro que las leyes rigen por regla general hacia el futuro y a partir de aquel momento de su publicación el órgano oficial o desde el otro en que la misma lo ha determinado, con aplicaciones exceptivas para casos particulares enmarcados en razón del tiempo, el espacio o en que precisamente el principio *favor rei* se hace imperioso aplicar para aliviar al condenado.

No deja esta posición, al azar la suerte del investigado, sino por el contrario, lo erige en un actor de nutrida vitalidad para exigir la aplicación racional de la norma que lo favorece en su intención de convicción para favorecer sus intereses en la decisión final y en aquellas intermedias que se vayan dando con el discurrir del derrotero auscultador, contando con ello con las herramientas que la misma constitución le otorgan para obligarle al fiscal o al juez a emplear todas sus competencias y capacidades para encontrar la verdad más allá del elemento subjetivo de reproche en la senda de la condenación.

Por su lado Pedro Alfonso Pabón Parra (2005), expone sobre el ligamen existente entre favorabilidad y legalidad en tanto que estos están cimentados en razones de política criminal, dando razón al legislador que modifica en su poder de configuración legislativa el tópico atinente al sistema sancionatorio futuro, tornándose necesario recoger el beneplácito comunitario que considera innecesaria una reprensión mayor. Termina por afirmar la ausencia de razonamientos humanitarios, justificada en la “*necesidad y utilidad del derecho a castigar*”. Refulge con la aserción de que la predilección en la aplicación positiva de la ley penal se fundamenta “*no en la favorabilidad sino en el postulado de legalidad de los delitos y de las penas*” (Pabón, 2005, p. 8), tornándose en contraposición al autor que le precede en este discernimiento.

Coincide con la inclinación de Vásquez (2010), por la aplicación objetiva del marco sancionador, en tanto que como creación popular de la norma a través del legislativo, se busca aplicar el castigo que corresponda de acuerdo con el quebranto de las normas de convivencia, acorde con las costumbres y principios considerados fundamentales dentro del entorno social

A su turno los juristas Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynety (1987), atribuyen más que la fortaleza del principio objeto de análisis en este trabajo, a las garantías

que deben bridar los órganos de investigación y juzgamiento para blindar de cualquier desafuero que pueda infligir males mayores a los investigados, señalando la imperatividad de los postulados constitucionales (art. 29 y 250) para ahondar en las investigaciones y acopiar tanto lo favorable como aquellos elementos probatorios que le traigan algún beneficio para demostrar su inocencia, siendo regla especial de efectividad de otros principios superiores como el derecho de defensa y el de imparcialidad de los servidores públicos encargados de tales funciones estatales.

Recalcan sus apreciaciones sobre la visión positivista de entender y ver el proceso no como una serie de pasos para demostrar la “hipótesis” del funcionario sino como espacios verdaderos de reflexión de contrarios donde aflore la verdad real en un marco controversial lo que asegura el verdadero ejercicio de los derechos de los involucrados.

Se muestran divergentes ante la postura del máximo tribunal constitucional colombiano cuando advierte sobre la inaplicabilidad del principio de favorabilidad ultractivamente por considerar que *“los actos de las personas se juzgan conforme a las normas vigentes al momento de producirse el hecho, inhibiéndose en caso de normas penales derogadas que pueden estar produciendo efectos en virtud de la favorabilidad”*. (Corte Constitucional, 2001).

Consideran los autores que esta postura, conlleva a un proceso judicial se convertiría en una *“parodia y un ritual sancionatorio”* alejado de ser escenario de garantía del ejercicio del derecho de defensa que comporta un núcleo esencialísimo donde no se brinde el verdadero ejercicio del derecho de defensa, entre otros” (Bernal & Montealegre, 2002, p. 25).

De particular entendimiento se deja a los jueces y demás operadores la facultad de interpretar de acuerdo con su cosmovisión para llegar a decisiones que pueden rayar incluso con la legalidad que se predica por lo que resulta más que contradictorio y desventajoso para los investigados, al tener un amplio margen de apreciación. Evidente resulta la contraposición con el criterio de la aplicación simplemente llana de la norma penal (Vásquez, 2010) en cuanto ese mismo escenario por sí solo no constituye garantía suficiente de objetividad en la aplicación de la ley, sin apartarse de la necesidad de la sanción como mecanismo de reproche social.

De innegable valoración resultan las ilustraciones del Doctor Alfonso Reyes Echandía (Presidente de la Corte Suprema de Justicia, 1985), por la profundidad y caridad de sus argumentos, para quien el principio de favorabilidad resulta del principio constitucional vigente desde 1986 y en la primigenia legislación de aquella época (Ley 153 de 1887), que marcaba la consolidación republicana, normas que delimitaron en su concepción, como ahora, para la aplicación de la ley en el espacio y el tiempo (*tempus regit actum*), para decir que “la ley se encuentra limitada en su aplicación por el tiempo en el cual este vigente. Al atribuirle al principio de validez de la ley (favorabilidad) una base constitucional, con un fundamento lógico-racional por la cual, si la norma penal va dirigida a los coasociados para que se abstengan de violarla, forzoso es concluir que debe tener la posibilidad de conocerla al momento de la comisión de la comisión del hecho” (Reyes, 1986).

Coincide esta postura con la recabada por los tratadistas Montelagre Lynett y Bernal Cuellar (2002) además de Pabón (2005), en tanto se considera que la favorabilidad resulta del principio de legalidad por estar implícita en el derecho fundamental del debido proceso y se alinea con los presupuestos de no retroactividad de la ley.

Entiende como no valedero aplicar una parte de una ley y otra parte de una distinta en cuando se considere favorable “*el fallador no estaría aplicando el principio de una ley sino creando una tercera con partes de aquellas*” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación de julio 11 de 1952 y Auto de mayo 21 de 1981). No se comparte esta posición por cuanto en la práctica jurídica lo que suele suceder es precisamente esa forma de aplicar la ley, por tratarse de un sistema jurídico enfocado en brindar las garantías con suficiencia a los inculcados, por lo que no resulta apropiado suponer que al apuntalar las decisiones con elementos de una y otra norma se esté creando una nueva, lo que sería usurpador frente a las competencias del legislativo.

A su turno el ilustre jurista Gilberto Martínez Rave, se muestra coincidente al sentar que el principio de favorabilidad “*debe entenderse en la lógica de la legalidad*” al no estar presente de manera autónoma en el estatuto procesal penal de 2004, y censura el que se quiera llevar al ámbito procesal una norma de carácter sustantivo. Referencia la acepción doctrinaria de la neutralidad de la norma procesal, por cuando dice “*no perjudica a nadie*” (Martínez, 2006). Termina señalando la costumbre colombiana de aplicar las normas penales y porque no decirlo de otro tipo, por etapas de acuerdo al mapa judicial.

Sobre la neutralidad de la norma procesal resultaría contrario al espíritu constitucional consagrado en el artículo 29, que le imprime un verdadero efecto positivo al entorno legal en el ámbito de la investigación y juzgamiento, convirtiéndose en una verdadera institución de imperativo cumplimiento, como asegurador de la aplicación de las garantías judiciales tomadas de convenciones internacionales (Convención americana de Derechos Humanos, art. 8 y Pacto de derechos Civiles y Políticos, art. 14) y positivadas en la legislación interna.

Ya la Corte Suprema de Justicia colombiana se ha pronunciado sobre los efectos de la aplicación de la norma constitucional del estatuto superior de 1886 la cual trajo en el artículo 26 lo que ahora el constituyente de 1991 recogió para incorporarlo y complementarlo en el artículo 29, por lo que no puede suponerse la superioridad de la Ley 153 de 1887, respecto del canon superior del estatuto constitucional y a “*contrario sensu*, el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, no hace distinción alguna entre las leyes sustantivas o adjetivas ni procesales” (González , s.f.).

El principio de favorabilidad y su inaplicabilidad en la jurisdicción penal militar, Ley 1407 de 2010.

La aplicación del principio de favorabilidad no ha sido posible en el marco del nuevo sistema de enjuiciamiento traído con la ley 1407 de 2010, que formuló un sistema de corte acusatorio en esta jurisdicción especial, debido al choque sufrido con un proceso de implementación que alarga en el tiempo su vigencia y de tajo cercena la posibilidad de aplicar los beneficios de la nueva codificación convirtiéndose en talanquera de la eficacia de la codificación.

Reflejo del anterior planteamiento es lo que se observa en las decisiones del Tribunal Superior Militar, en las cuales se reconoce la existencia de una ley procesal y una ley sustancial dado que

el referido Código Penal Militar-Ley 1407 de 2010-cobró vigencia y rige a partir de su aprobación, aunque su eficacia jurídica y aplicación la moduló el legislador en el sentido que si bien comenzaría a surtir efectos inmediatos, otros efectos fueron diferidos en el tiempo, sin que por ese solo hecho se pueda desconocer la existencia de una ley procesal posterior y una sustancial también superior como ocurrió efectivamente con la Ley 906 de 2004 y la Ley 890 del mismo año que no se aplicaron de forma inmediata debido a la fórmula que se adoptó para introducir el sistema acusatorio, sin perjuicio como se ha dicho también por esta Sala, que sean aplicables normas de la Ley 1407 de

2010 por el principio de favorabilidad a casos que se encuentren gobernados por la Ley 522 de 1999 a condición que no se refieran a institutos propios del nuevo sistema procesal y que los referentes de hecho se den en los dos procedimientos, es decir, que sean idénticos (Tribunal Superior Militar, Radicación 157628- 7941-XIII-253-EJC, p.26).

Como se observa, se ha reconocido que el principio de favorabilidad debe aplicarse, no obstante, encuentra limitantes representados en las vicisitudes de los momentos procesales para determinar la rebaja de la pena aplicable por aceptación de cargos (Tribunal Superior Militar, Radicación 158297-7192-XIV-554-PNC); la determinación de la prescripción de la acción penal en el punible de deserción (Tribunal Superior Militar, Radicación 157307-7903-XIII-193/174-EJTO); la creación, modificación de tipos penales (como es el caso del peculado por extensión) (Tribunal Superior Militar, Radicación 140630-288), y en sí, las posiciones encontradas sobre la inaplicabilidad de la Ley 1407 de 2010 (desobediencia) (Tribunal Superior Militar, Radicación 157563-9487-XIV-592).

Se parte entonces para la estructuración de esta investigación, de los elementos objetivos extraídos de la legislación nacional en materia sancionatoria, tanto del estatuto procesal ordinario (Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004), fundamentado en la reforma constitucional de 2002 a través del acto legislativo 03, que llevaron al legislador a la expedición de la ley 1407 de 2010 lo que se conoce como código penal militar.

Habiendo estudiado las acepciones sobre el principio de favorabilidad por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la corte Constitucional y el Tribunal Superior Militar, especialmente, y a su vez contrastadas con las posiciones de los autores consultados, manteniendo una línea positivista de aplicación del principio estudiado en los actuaciones judiciales castrenses, a través de un método de comprensión exegético, entendido como el deber de aplicar la norma superior constitucional de manera rasa por encima de las leyes particulares sobre el tema, como debe ser frente una estructura jurídica jerarquizada.

Surge de una manera neta la inaplicabilidad del principio de favorabilidad penal por jueces y fiscales, quienes siguiendo el derrotero trazado por el Tribunal Superior Militar y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a través de sus diferentes fallos, deben olvidarse de la existencia de esta normatividad y en retroceso del avance de la jurisprudencia nacional e internacional reclaman de los funcionarios encargados de sancionar aquellas conductas que llegan a su conocimiento bajo la égida del procedimiento penal militar.

Todo ello en contravía de la norma de carácter supremo que le imprime el carácter de fundamental, por lo que su desconocimiento cercena los derechos contemplados en las convenciones del sistema interamericano de derechos humanos, entre otros.

Desde una perspectiva teórica, el principio de favorabilidad en materia penal, constituye un verdadero derecho, como lo expresa el profesor Alexy (2008) citado por Alexander Díaz Perdomo (2012), “*por tanto se trata de una norma válida de derecho fundamental que atribuye un derecho subjetivo*”. Por consiguiente al presentar el enfrentamiento entre normas respecto de su aplicación se debe ceder ante aquella que le resulte más beneficiosa al procesado.

Siguiendo el derrotero trazado por Díaz (2012), se denota la existencia del principio objeto de estudio, en palabras del profesor Alexy (2009), como regla, que como característica especial puede ser aplicada en estricto sentido de si o no, “*si una regla es válida, entonces debe hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos*”, no siendo válido aplicar en manera distinta aquella que sea más favorable al reo, por expresa disposición del artículo 29 constitucional.

Desde este punto y siguiendo el hilo conductor que conlleva a la negación de la aplicación del derecho favorable (*favor rei*), a quienes han sido cobijados bajo decisiones de carácter judicial en el marco del sistema especial penal militar, de corte acusatorio para su enjuiciamiento, chocan frente a decisiones de tipo superior arrojadas en las instancias respectivas atendiendo el carácter funcional de jueces de una y otra categoría, que sin reparo alguno se apartan de la regla superior, para dejar de lado de manera caprichosa el uso del apartado supra legal que hace imperativo su otorgamiento.

Se rompe la función jurisdiccional cuando se apartan los funcionarios de las normas encastradas en el peldaño más alto de la pirámide, para dejar al margen los más valiosos postulados, que como se vio, tiene su importancia y profundización en estándares delimitados por los tribunales internacionales, con la premisa de respetar tan cultos valores de la majestad de la justicia, para inclinarse por conceptos alejados de la discusión jurídica y enclaustrarse en la posición desproporcionada de relegar a los investigados al último puesto de los favorecidos.

La problemática no parece ser relevante, cuando se advierte que la Corte Suprema de Justicia ha asumido posiciones diversas ante regímenes iguales, cambiando la jurisprudencia,

para citar uno, en el caso de los aforados constitucionales, añadiendo la expresión “*interpretación corregida*” para negar las peticiones de nulidad sosteniendo que no se trata de una ley nueva.

En consecuencia la situación en el tema objeto de estudio, se centra por una parte en la inaplicabilidad de la norma favorable por el Tribunal Superior Militar y la Corte Suprema de Justicia, al mantener la posición de negar el beneficio a los procesados, sosteniendo la falta de implementación.

Esta omisión del deber del Estado de proveer los recursos que permitan la aplicación de la nueva normatividad, ha llevado a que se deje de utilizar la norma más favorable al investigado, generando una relación de causa-efecto frente al resultado final que niega la aplicación de otros institutos penales materiales y procesales (Tribunal Superior Militar, Radicación 157628- 7941-XIII-253-EJC), bien de carácter sustancial o simplemente de aquellos referentes a las ritualidades, tales como la prescripción o la rebaja de pena por aceptación de cargos y sentencia anticipada, lo cual conduce a un resultado distinto de aquel que debiera presentarse si se aplicara la nueva norma que le resulta más benévola.

El principio del debido proceso y la aplicación del principio de favorabilidad penal, ante la inaplicabilidad de lo previsto en la Ley 1407 de 2010 en la jurisdicción penal militar.

La inaplicabilidad del principio de favorabilidad penal en la justicia militar colombiana, tiene en entredicho la efectividad de las garantías constitucionales y legales dentro del marco de esta jurisdicción especial encargada de investigar y juzgar al personal militar y policial, por conductas consideradas como contrarias al ordenamiento jurídico penal, siempre que estas mismas se realicen en ejercicio de las funciones y atribuciones propias del servicio, de conformidad con la misión constitucional, legal y reglamentaria.

Tal como sucedió con la jurisdicción penal ordinaria, en Colombia se improvisó la imposición de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal castrense de corte acusatorio, sin planear su ejecución, por lo que no se previó siquiera detalles mínimos como las salas de audiencias y equipos de tecnológicos que permitiera su aplicación práctica. Y de contera lo que se hizo fue prolongar en el tiempo la vigencia del procedimiento anterior de manera indefinida, dando lugar a la coexistencia de dos regímenes procesales penales, en esencia, diversos.

La incertidumbre que provoca tal situación resulta dramática, para quienes son involucrados en investigaciones de tipo penal. La falta de seguridad jurídica, el cambio de reglas de enjuiciamiento, la proliferación de normas que no se aplican, genera desasosiego e insatisfacción social, tanto para estos como para la comunidad que espera resultados positivos de acuerdo con los ideales y comprensión de justicia.

De vital importancia por la trascendencia que tiene para una población tan grande de sujetos posibles de investigación y el enorme compromiso ante la nación entera y la comunidad internacional que busca la aplicación de sanciones, ejemplares, según su criterio, para quienes tienen el deber de protección de la población. El contar con una norma que no se aplica, vulnera de forma sistemática los derechos fundamentales de los investigados, por lo que resulta más que vital su análisis para el ejercicio del derecho penal militar, frente a los postulados de la constitución política y los tratados sobre derechos humanos que hacen parte de ella.

Esto muy a pesar de líneas doctrinales como la sostenida por la Corte Constitucional en relación con el principio de favorabilidad y su aplicación inmediata en conjugación con el principio de legalidad e irretroactividad de la ley, el cual es igualmente aplicable al régimen militar (Sentencia C-1066 de 2001, Sentencia C-592 de 2005, Sentencia C-463 de 2014).

Así también se crean tensiones con principios como el de legalidad que según la Corte Constitucional hace parte de la salvaguarda de la seguridad jurídica de las personas e implica la observancia de las leyes preexistentes al acto que se imputa a un acusado (Sentencia C-820 de 2005). Lo cual es observado por el Tribunal Superior Militar en fallos que aducen la necesaria aplicación de este principio para aplicar sanciones coherentes con las leyes vigentes. Sin perder de vista su relación con las garantías judiciales y los preceptos del debido proceso.

Estudiados los instrumentos nacionales e internacionales que enrután los principios garantizadores del debido proceso y de aseguramiento de los derechos de los procesados, surge de manear clara, precisa y transparente vestigios de la inaplicabilidad del principio de favorabilidad penal por jueces y fiscales, quienes siguiendo el derrotero trazado por el Tribunal Superior Militar y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, deben olvidarse de la existencia de esta normatividad y en retroceso del avance de la jurisprudencia nacional e

internacional reclaman de los funcionarios encargados de sancionar aquellas conductas que llegan a su conocimiento bajo la égida del procedimiento penal militar.

Por lo que, con respecto a la discusión sobre la aplicación del principio de la favorabilidad en la aplicación de la Ley 1407, el fallo expone que en los delitos cometidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, la Ley a aplicar es la 1407 del mismo año, aunque no puede perderse de vista que, en virtud del artículo 628 de esa misma Ley, no se derogó la Ley 522 de 1999, lo que genera el fenómeno de coexistencia legislativa, lo que da paso a la aplicabilidad del principio de favorabilidad.

En todo ello, el principio de legalidad equivale a la traducción jurídica del principio democrático y se manifiesta más precisamente en la exigencia de *lex previa y scripta*. De esta forma, al garantizar el principio de legalidad se hacen efectivos los restantes elementos del debido proceso, entre ellos la publicidad, la defensa y el derecho contradicción. Desde esta perspectiva, interesa al juez constitucional que el legislador observe dichos elementos. Desde ese punto de vista, la vigencia de la ley conlleva su “eficacia jurídica”, entendida como obligatoriedad y oponibilidad, en tanto hace referencia “desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor”. Entonces, cuando se fija la fecha de inicio de la vigencia de una ley se señala el momento a partir del cual dicha normatividad empieza a surtir efectos, de la misma manera se alude al período de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual ésta habrá de surtir efectos jurídicos.

El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Como acaba de ser explicado, algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la *no reformatio in pejus*, o el principio de favorabilidad (C.P., art. 29).

De las decisiones judiciales analizadas, dimana diáfananamente la existencia de un principio de rango superior a la ley, que lo enerva como herramienta fundamental en la defensa de los derechos que le asisten a los indagados, convirtiéndose en la legalidad del

proceso mismo, al ser intitulado como “*Debido proceso. Derecho de defensa*” (Gómez, 2015:25), dándole el carácter de fundamental a este derecho denominado del debido proceso el cual está estrechamente ligado con el de legalidad, siendo un imperativo para los operadores judiciales su observancia y aplicación plena.

Se entiende entonces que el debido proceso está conformado por una gama muy amplia de garantías encaminadas a proteger a las personas en los procesos de investigación que confluye en la aplicación tanto de las normas internas que imponen este instrumento jurídico como de aquellos recogidos de las convenciones de orden internacional que han sido incorporados al ordenamiento jurídico colombiano, valga decir la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, con prevalencia sobre el orden jurídico interno, Colombia, Constitución Política (1991), como lo ha resaltado la Corte Constitucional: “De otra parte, esta Corte ha señalado que constituye un aspecto fundamental del debido proceso el principio de favorabilidad penal -artículo 29 de la Carta y convenios internacionales que lo contienen- que parte de un presupuesto básico como lo es la sucesión de leyes en el tiempo.

Complementario a esto, se debe advertir que Colombia tiene tradición legal enraizada en el ordenamiento jurídico nacional, aparentemente sin antecedentes legislativos ni motivos discutidos por los constituyentes de 1886, al parecer tampoco en el año 1991, fue incorporado en el artículo 26 de este estatuto supremo de ese momento y recogido en el artículo 29 del texto constitucional de 1991, como un elemento esencialísimo dentro de la órbita legal que enmarca la tradición de legalidad para la investigación y juzgamiento en el campo penal en Colombia.

Siguiendo el derrotero trazado, no hay duda alguna frente a la importancia que constituye este catálogo de garantías de trascendencia social, que comportan elementos de seguridad jurídica respecto del poder punitivo del estado frente al ciudadano que quebranta la norma penal y que castiga su inobservancia, pero con unos lineamientos conocidos con anterioridad a la conducta objeto de reproche para la aplicación de la censura correspondiente y la posibilidad de utilizar instrumentos que dobleguen la voluntad oficial para asegurar el apego a las normas que exigen rodear de garantías efectivas a los procesados.

Se vislumbra entonces un catálogo de derechos, puesto que convierte al sujeto activo de la conducta en titular de esos mismos, que lo facultan para ejercer todas las acciones que la propia constitución y las leyes le confieren para buscar la garantía efectiva de estos que afloran en favor de los investigados. Son mecanismos entonces de garantía efectiva, los recursos ante los mismos funcionarios (reposición) o ante el superior funcional (apelación) o por naturaleza extraordinaria como la revisión y la casación ante la sala Penal de la corte Suprema de Justicia, sumado a el ejercicio de otro derecho entendido como fundamental como es el de la acción de tutela que trae la constitución política en el artículo 86, de procedencia y tramite especial cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y persista el desconocimiento de las normas objetivas o adjetivas de carácter sustancial acudir ante los organismos de protección internacionales.

Así mismo, la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten una decisión o una sentencia; se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas. Y la efectividad de las sentencias depende de su ejecución: el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento

Ahora bien, frente a la validez jurídica de la respuesta cabe mencionar que a partir de la jurisprudencia y normatividad estudiada se logra evidenciar que el principio del debido proceso es un marco de actuación para el derecho procesal penal que no puede ser inobservado, más aun teniendo en cuenta su consagración a nivel constitucional y los principios que lo conforman. Siendo este el caso del principio de favorabilidad que según la Corte Constitucional es “un principio rector del derecho punitivo, forma parte integral del debido proceso penal y se contempla como derecho fundamental intangible y de aplicación inmediata” (Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 2011).

Bajo el amparo de la norma superior y con base en la mencionada Sentencia, la favorabilidad se instituye como un derecho fundamental de aplicación inmediata, siendo además un principio rector del derecho punitivo. Estos elementos fueron incorporados por la Ley 1407 de 2010 en su artículo 8° extendiendo el alcance de la favorabilidad a quienes estén condenados.

Frente a esto, la modificación que trajo la Ley 1765 de 2015 al Código Penal Militar, permite advertir que la favorabilidad se contempla de manera expresa en relación con los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía Penal Militar y el imputado, advirtiendo que “si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo” (Artículo 110 Ley 1765 de 2015); esto en el entendido que la rebaja de pena al actor se determina con fundamento en el principio de favorabilidad penal, tal como advirtió la Corte Constitucional en la Sentencia T-402 de 2008, indicando que “el principio de favorabilidad se aplica a toda la normatividad penal, independientemente de si se trata de normas sustanciales o procesales, aunque en este último caso es necesario considerar las especificidades de cada régimen procesal penal” (Corte Constitucional, Sentencia T-402 de 2008).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha mantenido una posición que refuerza la aplicación inmediata del principio de favorabilidad penal y su prevalencia ante tránsitos legislativos. Advirtiendo que la Ley 1407 de 2010 es favorable a los intereses de los investigados, por cuanto no consigna el grado jurisdiccional de la consulta, se impone la aplicación inmediata del principio de favorabilidad, el cual constituye elemento fundamental del debido proceso en materia penal, el cual no puede ignorarse en ninguna circunstancia (Corte Suprema de Justicia, 2011).

Esta misma línea se encuentra en las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puntualmente en casos como: Ivcher Bronstein Vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Caso López Mendoza Vs. Venezuela, Sentencia del 1 de septiembre de 2011. En estos fallos la Corte IDH advirtió que “todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana”. De esta manera las garantías se hacen extensivas tanto a los procedimientos previos como a todas las etapas del proceso hasta la etapa de juzgamiento.

Por otra parte, el principio del debido proceso garantiza la aplicación del principio de favorabilidad penal a través de la observancia del principio de legalidad, el cual, según la Corte Constitucional hace efectivos los elementos restantes del debido proceso, como son la

publicidad, la defensa y el derecho de contradicción. Esto va de la mano con lo analizado por la Corte en relación con la vigencia de la Ley, pues dicha vigencia

[...] conlleva su “eficacia jurídica”, entendida como obligatoriedad y oponibilidad, en tanto hace referencia “desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor” (Corte Constitucional, Sentencia C-444 de 2011)

De ahí que advierta la Corte que cuando se fija la fecha de inicio de la vigencia de una ley se señala el momento a partir del cual dicha normatividad empieza a surtir efectos. Esta regla, aplicada al análisis de la Ley 1407 de 2010, remite a considerar que los delitos cometidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, la Ley a aplicar es la 1407 del mismo año, sin que esto impida la aplicación del principio de favorabilidad. Lo cual también implica aclarar la salvedad que el Decreto 1070 de 26 de mayo de 2015 –que derogó el Decreto 2960 de 2011- presenta al ampliarse las fechas de implementación territorial del Código Penal Militar, y las sucesivas modificaciones que introdujo el Decreto 1575 de septiembre de 2017.

Como resultado de los mencionados decretos, concretamente el Decreto 1575 de 2017, se establece que las cuatro (4) fases territoriales de implementación del Sistema Penal Acusatorio en la Justicia Penal Militar y Policial, iniciarán en el año 2020. Sin embargo, permanece vigente el parágrafo 3 del Decreto 1070 de 2015, indicando que “cuando la gravedad, importancia o trascendencia pública del hecho lo ameriten, se aplicará el trámite procesal dispuesto en la Ley 1407 de 2010, independientemente del lugar donde acontezca el mismo y de las fases implementadas de acuerdo con este Título” (Presidencia de la República, 2015).

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia se advierte la legalidad como una garantía fundamental que acarrea la obligación a los funcionarios judiciales de determinar las sanciones – si hubiere lugar- conforme a los límites establecidos en la Ley, además mantiene la posición sobre la prevalencia del principio de favorabilidad ante tránsitos legislativos (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Tutela 53041, 2011).

A estos elementos que hasta ahora se han enunciado como garantías del debido proceso a la aplicación del principio de favorabilidad penal, se añaden aquellos que son propios de las garantías judiciales, las cuales han sido ampliamente abordadas por la Corte

Constitucional, aclarando que “todas aquellas garantías que conforman la noción de debido proceso, y los principios constitucionales que rigen la administración de justicia, le resultan igualmente aplicables a dicha jurisdicción especial- la Justicia Penal Militar- (Corte Constitucional, Sentencia C-372-2016).

Así también, se ha referido la Corte IDH en casos como Cantoral Benavides Vs. Perú, abordando las garantías judiciales al invocar el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe:

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 inculcado 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 inculcado de la acusación formulada; // c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; // d) derecho del inculcado 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 inculcado 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 inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. // 4. El inculcado 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 justicia (Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000).

Conclusiones

Por todo lo anterior, se puede deducir, entre otras cosas, que el principio de favorabilidad penal se instituye como uno de los elementos fundamentales del debido proceso, de ahí que en la aplicación del debido proceso en la Justicia Penal Militar, sea imprescindible la aplicación de la favorabilidad penal.

Concluyendo, se entiende que el principio del debido proceso, según el artículo 29 de la Constitución Política establece que “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”, está conformado por una gama muy amplia de garantías encaminadas a proteger a las personas en los procesos de investigación que confluye en la aplicación tanto de las normas internas que imponen este instrumento jurídico como de aquellos recogidos de las convenciones de orden internacional que han sido incorporados al ordenamiento jurídico colombiano, valga decir la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, con prevalencia sobre el orden jurídico interno, Colombia, Constitución Política (1991), como lo ha resaltado la Corte Constitucional: “De otra parte, esta Corte ha señalado que constituye un aspecto fundamental del debido proceso el principio de favorabilidad penal -artículo 29 de la Carta y convenios internacionales que lo contienen- que parte de un presupuesto básico como lo es la sucesión de leyes en el tiempo.

Se advierte además que el principio del debido proceso se erige como marco de actuación en materia penal, siendo un principio reconocido a nivel constitucional y jurisprudencial, en el cual se resalta el principio de favorabilidad penal como uno de sus elementos fundamentales.

El proceso penal en Colombia se sustenta en la protección de las garantías y derechos constitucionales y legales con los que cuenta el acusado. La jurisprudencia que se referencia denota la línea sistémica, interrumpida en el tiempo de unas garantías que en tanto acordadas por los Estados, se refleja en el ordenamiento jurídico interno. Garantías que como su nombre lo indica no son otra cosa que un conjunto de reglas que delimitan el camino a seguir por las autoridades judiciales en el transcurrir de su función para juzgar y sancionar la conducta de los seres humanos. Como garantía que es en el discurrir del proceso, ha señalado la Corte IDH, deben los estados procurar dar garantía efectiva para que el procesado ejerza de manera real sus derechos, cumpliendo con plazos y formas procesales definidos previamente.

En ese camino inquebrantable de formas preestablecidas, de modos y entramados jurídicos, se debe garantizar que tanto el tipo penal endilgado sea previsto con antelación en la norma, enraizando el principio de legalidad, de manera que el procesado tenga la seguridad de que su conducta podía ser sancionada si se vulneraban la norma prohibitiva.

Enaltecida la Corte Constitucional colombiana como garante de esos derechos, ha cimentado sus decisiones en corroborar la importancia de dar paso a estos principios que en su conjunto constituyen certeza de la legalidad de la actuación de jueces individuales y colegiados, los que se encuentran enraizados en el artículo 29 de la carta política, viniendo a ser un elemento esencial de la validez de su actuaciones, en la medida en que sean respetados pero sobre todo que el ciudadano puedan acceder y controvertir lo que se le impute y defenderse con base en esos mismo principio, convirtiéndose en herramienta de doble vía, de un lado para hacer efectiva la protección y del otro para exigir y lograr que tales reclamos sean atendidos efectivamente.

Finalmente, los diferentes fallos analizados del Tribunal Superior Militar permiten identificar el reconocimiento a la coexistencia de dos normas y por tanto, la configuración de un escenario en el que ambas normas sustanciales están vigentes. Esto conduce a limitantes representados en las particularidades de cada caso que han dado lugar a la revisión de elementos diferenciadores de las dos normas, abocando a los Magistrados a considerar la injerencia de aspectos como los momentos procesales para determinar la rebaja de la pena aplicable por aceptación de cargos; la determinación de la prescripción de la acción penal; la creación, modificación de tipos penales, y en sí, las posiciones encontradas sobre la inaplicabilidad de la Ley 1407 de 2010.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Sociopolíticos y Constitucionales.
- Bernal, J. & Montealegre, E. (1987). *El Proceso penal, anexo Favorabilidad*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J. & Montealegre, E. (2002). *El Proceso penal*. Cuarta Edición: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia, Congreso de la República de Colombia. (2015, 23 de julio), *Ley 1765 de 2015, Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones*.
- Congreso de la República (1999, 12 de agosto), *Ley 522 de 1999, Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar. Derogada por la Ley 1407 de 2010*.
- Congreso de la República (2010, 17 de agosto). *Ley 1407 de 2010. Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar*.
- Colombia, Corte Constitucional. (2001, 10 de octubre). Sentencia C-1066 de 2011. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2002, 12 de junio). Sentencia C-456 de 2002. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2002, 26 de noviembre). Sentencia C-1024 de 2002. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2005, 8 de marzo). Sentencia C-203 de 2005. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.

- Colombia, Corte Constitucional. (2005, 9 de junio). Sentencia C-592 de 2005. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2005, 9 de agosto). Sentencia C-820 de 2005. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia, Corte Constitucional. (2008, 25 de abril). Sentencia T-402 de 2008. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional. (2011, 11 de mayo). Sentencia C-371 de 2011. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2011, 10 de marzo). Sala Penal. Tutela 53041. Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.
- Colombia, Corte Constitucional. (2011, 25 de mayo). Sentencia C-444 de 2011. Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.
- Colombia, Corte Constitucional. (2014, 9 de julio). Sentencia C-463 de 2014. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2016, 13 de julio). Sentencia C-372-2016. Magistrado Sustanciador. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Correa, A. & Uribe, E. (2014). *La aplicación del principio de favorabilidad en la transición de las leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010 en el proceso penal militar*. Trabajo de investigación para optar al título de Magister en Derecho Público Militar, Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Caso Cantoral Benavides Vs. Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso López Mendoza Vs. Venezuela.
- Ferré, J., Núñez, M. & Ramírez, P. (2010). *Derecho Penal Colombiano*. Grupo Editorial Ibañez, 2010.

- García, M. (1988). *Diccionario Larousse*. Editorial Larousse.
- Gómez, M. (2012). *El principio de favorabilidad en la jurisprudencia colombiana (En particular, su aplicación en los delitos permanentes)*. Trabajo de grado para optar al título de Magister de Profundización, Universidad Eafit, Facultad de Derecho, Medellín.
- González, L. (2012) *El principio constitucional de la favorabilidad penal*. [En línea]: Disponible en: <https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=Gonz%C3%A1lez%2C+Luis.+El+principio+constitucional+de+la+favorabilidad+penal>. [Fecha de consulta 28 de marzo de 2016].
- González, O. (2015). *La existencia del principio de favorabilidad en delitos sexuales*. Trabajo de grado para optar al título de Abogado, Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá.
- Laverde, J. (2015). *La ponderación en la medida de aseguramiento de detención preventiva en el procedimiento penal militar*. Artículo de revisión temática como ejercicio de opción de grado de Maestría en derecho procesal penal. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.
- Martínez, G. (2006). *Procedimiento Penal Colombiano, Sistema Penal Acusatorio*. XIII Edición: Temis.
- Reyes, A. (1986). *Derecho Penal General*. Décima Edición: Universidad Externado de Colombia.
- Sandoval, J. (2016). *El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad*. Universidad Santo Tomás. Tesis doctoral. Recuperado de: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/9782/Sandovaljaime2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sandoval, J. (2018). *La Garantía Criminal en Materia Penal y Penal Internacional*. Editorial Tirant lo Blanch. Notas de edición.

Tribunal Superior Militar. (2012). Radicación 157307-7903-XIII-193/174-EJTO.

Tribunal Superior Militar. (2012). Radicación 140630-288.

Tribunal Superior Militar. (2013). Radicación 157563-9487-XIV-592.

Tribunal Superior Militar. (2013). Radicación 157628- 7941-XIII-253-EJC.

Tribunal Superior Militar. (2016). Radicación 158297-7192-XIV-554-PNC.

Troller, F. (1975). *Orígenes históricos de la educación jurídica con el método del caso.*

Universidad Austral. Buenos Aires.

Vásquez, F. (2010). *Manual de Derecho Penal General*, Tercera Edición: Temis.