

**LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD EN EL CONTEXTO DE LA
JUSTICIA PENAL MILITAR**



AUTOR:

LOZANO CIFUENTES TANIA ALEJANDRA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Magíster en Instituciones Jurídicas de la Fuerza Pública

Director

CESAR AUGUSTO SARACHE SILVA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN INSTITUCIONES JURÍDICAS DE LA FUERZA PÚBLICA

BOGOTÁ D.C., junio de 2021

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÒN	4
1. Noción Histórica de la Legítima Defensa y la Justicia Penal Militar.....	7
1.1. Componente Conceptual de Legítima Defensa.....	8
1.2 Origen y Evolución histórica de la Justicia Penal Militar.....	10
1.3 Evolución Legislativa de la Legítima Defensa Militar en Colombia.....	14
2. Uso Legítimo de la Fuerza Armada y la Legítima Defensa.....	16
3. Requisitos y Circunstancias para Predicar la Legítima Defensa Militar.....	22
CONCLUSIONES.....	27
BIBLIOGRAFÌA	30

LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD EN EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Resumen

Esta investigación tuvo por objetivo determinar el alcance de la legítima defensa como eximente de responsabilidad para los miembros del Ejército Nacional, en el marco de la justicia penal militar. Para lograrlo se adelantó un análisis histórico, normativo, jurisprudencial y doctrinal de la aplicación de la legítima defensa militar, para lo cual se utilizó el método explicativo y descriptivo, bajo el enfoque cualitativo, encontrando que para configurar la legítima defensa como eximente de responsabilidades penales a los militares, no solo se debe observar el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por la ley y la jurisprudencia, sino que además se debe considerar que se trata de un funcionario público legitimado para usar armas de fuego, sobre el cual recae la responsabilidad profesional de velar por la protección de los derechos de los colombianos, aunque ello implique la violación de los derechos jurídicamente tutelados.

Abstract

The purpose of this investigation was to determine the scope of legitimate defense as a defense of responsibility for members of the National Army in the framework of military criminal justice. To achieve this, a historical, normative, jurisprudential and doctrinal analysis of the application of military self-defense was carried out, using the explanatory and descriptive method, using the qualitative approach, finding that in order to provide for self-defense as a defense against criminal liability for military personnel, compliance with certain requirements laid down by law and case law should not only be observed, but must also be regarded as a public official authorized to use firearms, who bears the professional responsibility of ensuring the protection of the rights of Colombians, even if it involves the violation of the legally protected rights.

Palabras clave

Legítima defensa, Ejército Nacional de Colombia, defensa propia, conducta justificada, integridad personal, bien jurídico tutelado.

Keywords

Legitimate defense, Colombian National Army, self-defense, justified conduct, personal integrity, protected legal right.

Introducción

Contexto del problema

La finalidad de este documento es analizar críticamente la aplicación de la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad, en el desarrollo de operaciones militares adelantadas por el Ejército Nacional de Colombia, en el marco de la justicia penal militar, dado que la actividad de las tropas está encaminada al cumplimiento de los fines del Estado Social y de Derecho.

El texto en particular representa una cavilación sobre la actividad que libra el Ejército Nacional como parte de la Fuerza Pública en el escenario operacional, y hasta donde las acciones y resultados en situaciones de enfrentamiento, están amparados por la normatividad colombiana dispuesta para tal fin, resaltando que el desempeño de la Fuerza en actividades ofensivas contra grupos armados al margen de la ley está legalmente respaldado (Const. P., arts. 2 y 296, 1991), motivo por el cual no es necesario esperar a que se ocasione el daño como consecuencia de la acción hostil por parte del agente delictivo, sino que la figura de la legítima defensa habilita al uniformado para actuar, incluso, a prevención cuando la intención hostil está absolutamente identificada, por supuesto sin que tal aseveración involucre actuar fuera de la ley, sino por el contrario, en aplicación de ésta. Se advierte desde ya que con esta tesis no se pretende imponer una mirada magnificadora de la legítima defensa, para que la misma tenga validez como eximente de responsabilidad en delitos contra los derechos humanos que se encuentren fuera de la relación con el servicio, a contrario sensu, que permita abrir la discusión y enaltecer una figura del Derecho Penal Militar que ha sido objeto, a través del tiempo, de diferentes alteraciones, exégesis y conceptualizaciones por la doctrina y la Jurisprudencia de los órganos judiciales especializados.

Descripción del problema

El conflicto armado colombiano ha sido fuente y magnificador de diversos hechos generadores de violencia, gracias al accionar de los diferentes agentes participativos en el mismo, manifestados en activación de artefactos explosivos, retenes ilegales, homicidios selectivos, desplazamiento forzado, reclutamiento y utilización de menores, accidentes e incidentes con minas antipersonal y municiones sin explotar, constreñimiento, desplazamiento forzado masivo, ataques armados contra estaciones de policía y bases militares con efectos indiscriminados, secuestro extorsivo, entre otros, que han generado grave afectación a los derechos humanos de la población civil en general, pero en el caso en concreto a miembros del Ejército Nacional.

Los miembros de la Fuerza, como cualquier ser humano, poseen instinto de conservación, que al verse enfrentados a situaciones de peligro latente e inminente de violación a sus derechos o los de un tercero, aflora la legítima defensa como rasgo innato de su misionalidad. La legítima defensa incoada por aquel que repele una agresión provocada por un tercero, es alegada como la necesidad de responder ante una agresión ilegítima no provocada, siendo esta una agresión injusta, actual o inminente que pone en riesgo un bien jurídicamente tutelado propio o ajeno que si bien puede llamarse vida y/o integridad personal debe de efectuarse necesariamente ante una reacción ofensiva u hostil. La problemática se da, cuando es necesario indicar que la legítima defensa no se circunscribe solo al hecho de una agresión de persona a persona, sino hasta qué

punto su aplicación se puede ampliar a la defensa de los miembros de la Fuerza en cumplimiento del deber legal de defensa o al acatamiento de orden legítima formulada por el superior competente con el lleno de las formalidades legales o en las demás circunstancias que demanda la normativa penal militar.

Pregunta de investigación

Dicho lo anterior, la pregunta de investigación que se responderá con este trabajo es ¿?¿Cuál es el alcance de la legítima defensa como eximente de responsabilidad para los miembros del Ejército Nacional en el marco de la justicia penal militar?

Justificación de la investigación

Quando se presenta un conflicto armado, las partes son propensas a culparse recíprocamente de agresión, no se puede dejar de lado que aunque los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley sean enemigos de la seguridad y la soberanía del Estado, se trata de connacionales sujetos de derechos ante las autoridades nacionales e internacionales, por lo que puede darse la tendencia reduccionista de acusar como culpable a la parte que actuó primero (Vallarta, 2008).

Cualquier muerte provocada por militares en servicio activo y con relación a su actividad, puede dar lugar a cualquiera de las siguientes situaciones: la legítima defensa militar u homicidio. La legítima defensa en el ámbito militar la consagra tanto la Ley 522 de 199, como la Ley 1407 de 2010, normas que contienen una redacción similar, aunque la última, aporta una variante en la composición:

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

Si bien es cierto los eximentes de responsabilidad penal militar se encuentran establecidos en la Ley 1407, también es cierto que los presupuestos para justificar la actuación como legítima defensa no están contempladas en dicho articulado normativo de forma taxativa, es más, jurisprudencialmente se ha borrado la línea que separa los actos delictivos del servicio y aquellos derivados de la relación con el servicio (Corte Suprema de Justicia, SP-5104, 2017). Por eso se hace necesario el análisis juicioso y detallado que se haga del tema para aportar a la adecuada interpretación y aplicación de las normas en beneficio de aquellos miembros del Ejército que obrando en virtud de la misión castrense encomendada perpetran delitos comunes.

Objetivos de la investigación

Objetivo general

Determinar el alcance de la legítima defensa como eximente de responsabilidad para los miembros del Ejército Nacional en el marco de la justicia penal militar.

Objetivos Específicos

- a. Analizar la naturaleza jurídica, evolución y desarrollo de la legítima defensa.
- b. Determinar la relación entre el uso legítimo de la fuerza armada y la legítima defensa.
- c. Identificar los requisitos y condiciones que se predicen jurisprudencialmente en el ámbito penal militar para admitir el instituto defensivo justificado.

Metodología de la investigación

Este artículo comprende un análisis histórico, normativo, jurisprudencial y doctrinal de la aplicación de la legítima defensa militar, para lo cual se utilizará un método explicativo y descriptivo, mostrando de qué manera estos conceptos entendidos en el sentido amplio y a la luz de la justicia penal militar pueden aplicarse al desarrollo de operaciones militares contra grupos armados al margen de la ley, indicando igualmente los requisitos y el contexto en que dichos conceptos deben aplicarse.

Esta investigación se adelantará bajo el enfoque cualitativo-inductivo partiendo del planteamiento inicial sobre la necesidad de establecer el alcance de la legítima defensa como eximente de responsabilidad para los miembros del Ejército Nacional en el marco de la justicia penal militar, moviéndose dinámicamente entre los datos recolectados y la interpretación de estos por parte del autor, sin que lo mismo corresponda específicamente a una hipótesis, sino que la misma se vaya forjando y fortaleciendo con cada avance en la investigación.

Se realizó una revisión inicial de fuentes literarias sobre el tema, sin embargo, esta exploración literaria será una constante durante el desarrollo del trabajo investigativo. El desarrollo del trabajo se llevará a cabo en nueve etapas bien definidas pero interrelacionadas como puede observarse en la siguiente gráfica:

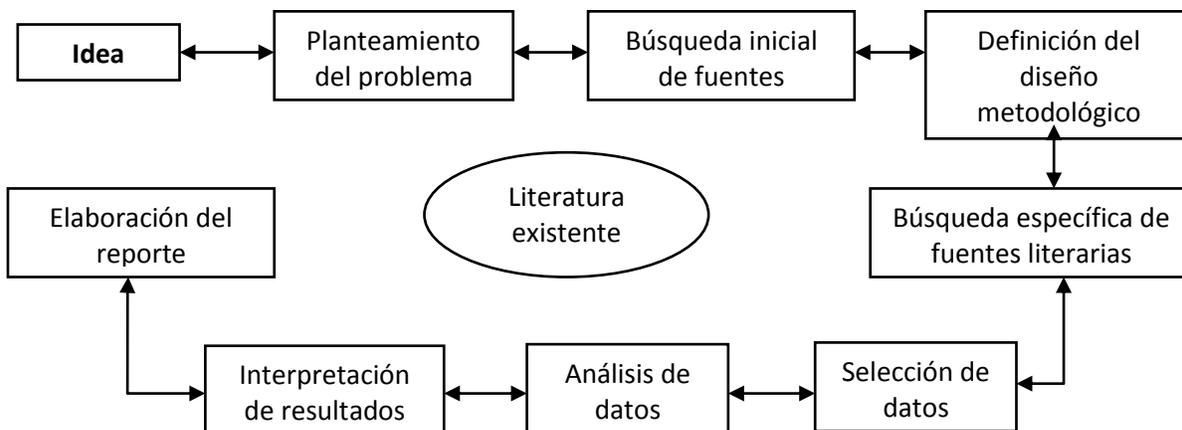


Figura 1. Representación gráfica del diseño metodológico. Elaboración propia a partir del trabajo realizado por Hernández Sampieri.

Desarrollo

El desarrollo de este texto se divide en cuatro títulos correspondientes al desarrollo de los objetivos específicos. El primero de ellos hace referencia a la naturaleza histórica y normativa de la figura de estudio y la jurisdicción penal militar; el segundo hace alusión a la relación que existe entre el uso legítimo de la fuerza y la legítima defensa; por último, se mencionarán apartados jurisprudenciales en los que se determinan las circunstancias predicadas por las autoridades penales militares para admitir el instituto defensivo de forma justificada.

1. Noción Histórica de la Legítima Defensa y la Justicia Penal Militar

El Estado Colombiano bajo el deber constitucional consagrado en el artículo 217 de la Carta Magna, ha otorgado misiones específicas al Ejército Nacional como parte integrante de la Fuerza Pública, con la finalidad de trabajar en pro de la defensa de la soberanía nacional, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional. Para el cumplimiento de esta misión, los miembros de la Fuerza en el desarrollo de las operaciones militares se enfrentan a situaciones especiales en las cuales debe mediar el conocimiento y la aplicación de los principios del uso legítimo de la fuerza para repeler las acciones hostiles de las cuales son víctimas.

La legítima defensa tiene su origen histórico, desde tiempos inmemoriales, y se relaciona directamente con el instinto natural de conservación de la vida humana (Zaffaroni E. R., 1998), por consiguiente, se puede decir que la institución de la legítima defensa está íntimamente vinculada con las distintas etapas históricas por las que ha transitado la sociedad.

Según Jiménez (1953), ya desde la Ley de las XII Tablas se instituía la legítima defensa para proteger la propiedad privada de los hurtos. Si bien es cierto, es imposible determinar el momento exacto en la historia donde surge la legítima defensa, se puede observar con claridad que es inherente a la persona y proviene del derecho natural, como lo señaló Gayo, citado por Arias y Bonet (1984), “Y así, si yo hubiera matado a un esclavo tuyo ladrón que me acechaba, nada tendré que temer, porque la razón natural permite defenderse contra el peligro” (p. 664).

Así mismo, en el derecho germánico y canónico se permitía la posibilidad de repeler una agresión con otra agresión, entendida como una acción protegida por el derecho natural, no obstante, radicaba en cabeza del victimario la obligación de compensar el daño sin importar si se trató de legítima defensa (Arias & Bonet, 1984).

De otra parte, el ordenamiento francés imprime un carácter atenuante a la legítima defensa, que va más allá de la impunidad al borrar de la actuación la cualidad delictiva. Sin embargo, dicha aplicación se restringió únicamente a aquellas actuaciones en defensa de la vida propia y ajena, excluyendo los demás bienes jurídicamente tutelados. Al respecto, el Código Penal Francés de 1791, expresó que en caso de homicidio en legítima defensa de la vida propia o de otro, no podría haber delito y por ende no habría lugar a dictar sentencia ni condena (Castro, 2006).

El Código de las Siete Partidas, estableció la legítima defensa gran precisión, designándola a la salvaguardia no solo de la vida sino además de otros bienes inmateriales y materiales, pero

ampliándola además a una esfera preventiva permitiendo que la actuación se ejerciera no solo contra el injusto atacante actual, sino también hacia el inminente, no obstante, precisó que el ataque debía ser actual o inminente, pero jamás pasado (Molina, 2016).

Según palabras de Jiménez (1953), fue solo hasta finales del siglo XVII en Alemania, que la figura de la legítima defensa se desligó del delito de homicidio y se trasladó a las consideraciones generales del Código Penal Alemán como una eximente de responsabilidad, concepto que trascendió el paso de los años y es como actualmente se conoce.

De otro lado, el derecho contemporáneo trae a colación una dimensión más amplia de la legítima defensa, dado que extiende la visión individual incorporando la soberanía estatal y su poder opresor, instituyendo la figura de la legítima defensa institucional, entendida esta como la actuación ejercida por las entidades estatales tendientes a eludir los controles reactivos de las autoridades ante las actuaciones delictivas por parte de agentes de la Fuerza Pública, cuando por medios hostiles se pone en peligro la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional y legal, así como el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica (Bello, 2011).

En igual sentido, en la doctrina hispanoamericana influida por la alemana, se distinguen tres aproximaciones al concepto más amplio de la legítima defensa: una aproximación personalista, una colectiva, y una aproximación, que combina las dos visiones anteriores (Von Bernath, 2015). La aproximación personalista se distingue de la colectiva gracias al objeto de protección, en la primera el objeto de defensa que justificaría el despliegue de la acción punitiva es la protección de los bienes jurídicos personales puestos en peligro y en la segunda, el objeto de defensa son los bienes jurídicos tutelados de la ciudadanía y del ordenamiento jurídico.

La concepción más moderna de la institución de la legítima defensa la plantea por excelencia como el prototipo de la antijuridicidad negativa, que hace inexistente la ofensa a la norma de cultura que va implícita en la norma penal; y, por ende, la del delito previsto en la legislación represiva (Martínez, 1998). Este desarrollo normativo demuestra el carácter dinámico y renovador del derecho colombiano.

1.1. Componente Conceptual de Legítima Defensa

El desarrollo de operaciones militares en las que intervienen uniformados en todos los niveles (oficiales, suboficiales y soldados) han de ser ejecutadas con la observancia del deber constitucional de tomar las armas y entrenarse para defender hasta con su propia vida la soberanía e integridad nacional. Para llevar a cabo tal fin es necesario contar con la adecuada preparación y entrenamiento militar siendo pertinente y proporcional al riesgo que deben afrontar, ya que la respuesta armada por parte de los grupos delictivos inmersos en el conflicto armado del país difiere de las zonas geográficas y circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejecuten dichas operaciones.

Ahora bien, para entender la legítima defensa sea cual fuere su aproximación, es necesario precisar el alcance de la expresión agresión, pues se predica que para que la legítima defensa funja como eximente de responsabilidad penal, es necesario estar en presencia de una agresión actual e

inminente, entendiendo la actualidad como la agresión que ya comenzó y por inminente aquella agresión próxima o inmediata (Caro, 2019). De acuerdo con Reyes (1977), una agresión es aquel comportamiento humano que lesiona intereses ajenos, protegidos legalmente. De esta corta pero contundente definición se extrae que, la agresión debe provenir de una actuación del ser humano, pues si se trata de peligros producidos por otro ser viviente o por la naturaleza, se estaría frente al estado de necesidad, pero no ante una situación de legítima defensa (Correa, 2017).

El insigne Mezger (1958), indica: "Legítima defensa es, aquella defensa que es necesaria para alejar de sí o de otro un ataque actual y antijurídico" (p. 168). El concepto que proporciona, sobre dicha causa de justificación, es limitado, y obviamente que deja sin explicar los atributos y accidentes, de la legítima defensa, que imperan en la legislación penal colombiana.

Por su parte Cuello (1956) citado por Martínez (1998), concibe la legítima defensa, como la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor. La anterior noción no se adecúa en su dimensión, al instituto de la legítima defensa adoptado en la legislación colombiana, en cuanto que parcialmente, como se verá posteriormente, deja fuera ciertos atributos que son propios de la defensa necesaria.

El penalista colombiano, Orlando Gómez López (1997), señala: "que la legítima defensa, o defensa justa, es la acción requerida, para impedir o apartar de sí o de otro, una agresión actual o ilegítima, contra un bien jurídico" (p. 12).

La definición aportada por el español Jiménez de Asúa (1952), es el concepto que más se adecúa con la acepción adoptada por el sistema penal colombiano, no solo en su esencia, sino también en sus atributos, al efecto señala que: "Es la repulsa a la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o terceras personas, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción, de los medios empleados para impedir la o repelerla" (p.26).

Así mismo, cabe mencionar que los actos humanos también incluyen omisiones, es decir, habrá agresión contra la que cabe la legítima defensa en aquellos actos omisivos que lesionen o pongan en peligro grave un bien jurídico tutelado, por ejemplo, aquel que pudiendo ayudar a otra persona a resguardar su vida se niega a hacerlo, aun sin poseer la posición de garante, puede ser amenazado incluso de muerte para que lo haga y dicha amenaza puede ser justificada a través de la legítima defensa (Correa, 2017). Dicha acción u omisión debe ser consciente y voluntaria, o en otras palabras dolosa para que se configure la legítima defensa, pues si estas provienen de la imprudencia no serían lo suficientemente fuertes para configurarse como justificativa de la conducta típica. Podría decirse entonces que, la legítima defensa es por una parte una retribución, pues, quien agrede recibe una agresión de vuelta, y por otra parte es la demostración fehaciente de que nadie está obligado a tolerar una agresión injusta a sus derechos y por ello está en la facultad de defenderlos, aunque ello implique el uso de la fuerza.

Ahora bien, queda claro que ante una agresión injusta se legitima el uso de la fuerza para repeler dicha actuación llegando hasta donde sea necesario para la defensa inmediata y efectiva de los bienes jurídicos tutelados, pero no debe excederse, es decir, quien se defiende o defiende a otro de una agresión debe retrotraerse cuando cese la situación de peligro, so pena de incurrir en una situación de exceso en la defensa. Dicho exceso en la defensa puede darse por la indebida

implementación de medios, por ejemplo, cuando una persona es atacada por otra que no posee armas contundentes y la agredida responde con un arma de fuego. Sin embargo, el examen de los medios debe hacerse para cada caso en concreto, sin miramientos excesivos en los que debió haber usado, sino con los que tenía a la mano, pues el agresor podría haber sido un boxeador profesional y quien se defiende un adolescente indefenso que creyó que su reacción era la necesaria para repeler la agresión (Caro, 2019). Sea cual fuere el caso que lleve al exceso de defensa, el art. 30 del Código Penal establece “El que exceda los límites propios de cualquiera de las causas de justificación precedente, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de señalada para el hecho punible” (Código Penal, 2000, art. 30).

Así mismo, debe precisarse que, para poder endilgar la legítima defensa es necesario que quien ejerce la acción defensiva no haya sido quien generó en el agresor la idea y el deseo de agredirlo, pues de ser este el caso, su actuación sería provocadora y por tanto ilícita, motivo por el cual no se le podría reconocer la legítima defensa (Correa, 2017).

De acuerdo con Gimbernat (1995) existen cuatro formas de configurar una situación de provocación: a) X provoca a Y para poder impetrar contra él una acción defensiva; b) X provoca a Y para que lo agreda, pero es Z quien ejecuta la acción defensiva; c) X provoca a Y para que agreda a Z, y es X quien adelanta la acción defensiva; y d) X provoca a Y para que agreda a Z, y es Z quien se defiende. Nótese como en todas las situaciones planteadas, X es el provocador que abusa de su derecho para propiciar una situación en la que, Y resulte agredido, bien sea por su propia actuación defensiva o por la de Z que es un tercero inocente. Es claro entonces que la legítima defensa no puede predicarse a favor de una persona que abusa de su derecho para defenderse.

En ese sentido, si la legítima defensa es, en su base, la representación de una potestad otorgada por el Estado para actuar legítimamente en amparo de sí mismo o del derecho individual y/o colectivo, vale la pena ahora analizar la evolución legislativa de la Justicia Penal Militar en Colombia, para posteriormente establecer como se relaciona con la figura estudiada en este acápite.

1.2 Origen y Evolución histórica de la Justicia Penal Militar

El derecho penal militar es tan antiguo como la misma sociedad. Su origen formal se remonta a Roma, bajo el imperio de César Augusto, quien les da a los ejércitos un carácter de permanencia, pues consideró que solo a través de estos cuerpos armados se podría garantizar la estabilidad del imperio; es dentro del Derecho Romano en donde se tienen los primeros vestigios del fuero militar, bajo el cual se establecieron disposiciones jurídicas reguladoras del funcionamiento de estos cuerpos armados. Posteriormente, Constantino establece que el juzgamiento de los miembros del ejército no puede hacerlo nadie más que el *summunjus*, es decir, por el comandante de la legión, por ser este quien mejor podría entender la situación y el contexto en el que ocurrieron los hechos (Rodríguez, 1987).

En este entendido, Colombia es un Estado Social de Derecho y como tal, requiere de un cuerpo armado que garantice su existencia y prolongación (Esteban, 2019). Las Fuerzas Militares (Ejército, Fuerza Aérea y Armada) son las encargadas de defender la soberanía, la independencia,

la integridad del territorio nacional y el orden constitucional (C.N., art. 217, 1991). Corolario de la existencia de las Fuerzas Militares, es la organización de una jurisdicción especial para investigar y juzgar a miembros de estas que se hayan cometido en relación con el servicio mismo.

Podría pensarse entonces, que la jurisdicción Penal Militar en Colombia, nació con la Constitución Política de 1991, pero ello no es así. De acuerdo con Valencia (2016), los primeros acercamientos con el derecho penal militar llegaron al territorio nacional con la colonización por parte de los españoles gracias a Carlos III, un monarca madrileño mejor conocido como “El Político”, considerado como el más grande renovador de las instituciones militares, quien en 1793 creó el Fuero Militar en los Ejércitos de España y Ultramar, que con la finalidad de juzgar los delitos perpetrados por militares en tribunales castrenses establecía lo siguiente:

Los jueces y tribunales que hayan incurrido en competencias enviarán los expedientes a la jurisdicción militar en tal forma que sus tribunales puedan proceder de conformidad con la ordenanza en caso de infracciones militares (...) en el interés de una acción oportuna los funcionarios pueden arrestar individuos de mis ejércitos, pero una vez iniciado el sumario del caso, deberá ser remitido inmediatamente junto con el prisionero, al juez militar mas cercano. (p. 19)

Sin embargo, esta disposición permitió que muchos delitos comunes cometidos por los militares, pasaran a justificarse y a solaparse por parte de los altos mandos militares, incurriendo en castigos y penas irrisorias. Motivo por el cual, la corona española estableció las condiciones necesarias bajo las cuales podía actuar la jurisdicción penal militar, dichos requisitos fueron: la comisión del delito en servicio activo y por razón de este (Valencia, 2016). Es decir, la facultad de los militares a juzgar a sus pares quedó restringida a los delitos cometidos en y por razón del servicio.

Tras el proceso de independencia, bajo el mandato de Jorge Tadeo Lozano, la esencia del derecho penal militar español pasó a la República en el título VII, denominado “De la Fuerza Pública” del Código Constitucional de 1811, así: "El fuero militar se conservará como hasta aquí" (Rodríguez, 1987, p. 14). Con esto se sentaron las bases de lo que posteriormente sería la Justicia Penal Militar, pues hasta ese momento solo podía hablarse de Fuero Militar, que era la única diferencia con la justicia ordinaria (Valencia, 2016).

El 1813 se promulga el primer Código Penal Militar de la República, en el que se fijan penas para el delito de desertión y se instituyen los Consejos de Guerra como los organismos judiciales competentes para adelantar el juzgamiento de los militares transgresores de la norma (Niebles, 2010). Históricamente se tiene registrada como la primera aplicación del Derecho Militar en la Nueva Granada, el proceso adelantado por Antonio Nariño en contra de Roergaz de Serviez y Schanbourg por insubordinación, tras escuchar rumores de conjura. No obstante, el proceso no logró superar la primera etapa, por lo que los acusados fueron absueltos (Valencia, 2016).

En 1825, con la Ley 11, se establecieron nuevos lineamientos y factores de competencia para conocer en primera instancia de procesos adelantados contra miembros de la Fuerza que hubieran cometido delitos en y por razón del servicio, e incluso para delitos comunes (Rodríguez, 1987). Durante este periodo de la historia existió el Consejo de Guerra Permanente o Tribunal de

Sangre, estatuido para juzgar los delitos de alta traición, que en la mayoría de los casos terminaba con el fusilamiento del o de los acusados tras finalizar la primera instancia.

Por otra parte, bajo el mandato de Francisco de Paula Santander, mejor conocido como el hombre de las leyes, quien se encargaría luego, de redactar el primer Código Militar para la Nueva Granada, que desafortunadamente quedó sin terminar, tras el fallecimiento del jurista en 1841 (Valencia, 2016). Proyecto que se mantuvo postergado y que fue retomado en el año 1886, con la expedición de la Constitución Política de 1886, en cuyo artículo 170 se dispuso que las Cortes marciales conocerían de delitos cometidos por civiles y en el que además se estableció que los jueces ordinarios tenían competencia para volver a juzgar personas que estuvieran disconformes con los proveídos judiciales proferidos por los Consejos de Guerra (Rodríguez, 1987).

Para dicho periodo histórico se entendió el fuero militar como la excepción al principio de igualdad ante la ley, premisa bajo la cual una jurisdicción especial, claramente distinta de la ordinaria, era la encargada de adelantar procesos judiciales especiales, contra los militares en servicio activo, por conductas penalmente reprochables que se relacionaran con su labor como guardianes de la seguridad nacional, de conformidad con normas igualmente, de carácter especial, como lo era el Código Penal Militar (Correa & Uribe, 2014).

A su vez, la Constitución de 1886 fundamentó el artículo 121, bajo el cual se estableció el Estado de Sitio, situación que una vez promulgada otorgaba competencia a la Justicia Penal Militar para conocer de ciertos delitos cometidos por los civiles, especialmente, en aquellos delitos dirigidos contra el Estado, su seguridad y la de sus instituciones, la libertad personal y aun en delitos atinentes a la comercialización de estupefacientes.

En 1936, se expide el Código Penal Militar en el cual se organiza sustancial y procedimentalmente la Justicia Penal Militar y se asigna la competencia a la jurisdicción penal militar para conocer de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza en campaña, penalizar a espías, juzgar a civiles involucrados en el comercio de armas de fuego y vandalización de campamentos, entre otros (Rodríguez, 1987). Bajo este lineamiento, la Justicia Penal Militar empieza a juzgar a civiles vinculados con delitos relacionados con rebelión y secuestro. No obstante, tras un análisis de dichas facultades, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de octubre de 1971 establece que la jurisdicción penal militar no posee competencia para juzgar a civiles por delitos cometidos en tiempos de normalidad, pero al mismo tiempo permitió el juzgamiento de militares retirados o en reserva y de aquellos militares extranjeros al servicio de las FF.MM. colombianas (Álvarez, 2005).

Cuando se presentaba un conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la penal militar, el mismo era dirimido por el Tribunal Disciplinario, cuyos pronunciamientos, en su mayoría, avocaban competencia a la jurisdicción penal militar en aquellos casos en los que lo que se investigaba era la perpetración de un delito común cometido por algún miembro de las FF.MM. durante periodos de perturbación del orden público, puede verse como el requisito de competencia establecido por el artículo 170 de la Constitución de 1886 por el cual solo los delitos en y por razón del servicio podían adjudicarse a la jurisdicción penal militar, era prácticamente ignorado por el Tribunal (Álvarez, 2005). Se infiere entonces, que en vigencia de los estados de emergencia los militares que cometieren delitos de cualquier tipo, podían siempre ser juzgados

por sus pares, pero al finalizar dicha situación, los delitos de carácter común eran conocidos por la justicia penal ordinaria.

La Constitución Política de 1991 trasladó lo estipulado por su antecesora del 86, pero con ciertas modificaciones propias de los cambios del sistema inquisitivo al acusatorio y de la evolución de las instituciones castrenses de la época. De una parte, la Carta Magna prohibió la investigación y juzgamiento de civiles por la Justicia Penal Militar, tanto en tiempos de paz, como en tiempos de guerra, se declarara o no estado de conmoción interior; de otro lado, determinó que, el encargado de dirimir los conflictos de competencia entre las diferentes jurisdicciones sería el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, así mismo determinó que, sería la Procuraduría General de la Nación la encargada de adelantar las investigaciones disciplinarias sobre los miembros de las Fuerzas, por ser estos funcionarios del Estado (Valencia, 2016). Interpretación claramente inexacta, pues, no hay otro funcionario público que esté obligado a exponer su integridad física y mental en desarrollo de su cargo, ni incurre en actos punibles comparados con los que puede llegar a cometer un militar en ejercicio de su actividad, pero es necesario aclarar que, el fuero militar rige únicamente en materia penal y hoy en día no existe un fuero disciplinar para miembros de las Fuerzas Militares, pues, de acuerdo con la Constitución Política de Colombia (1991), es el Ministerio Público el competente para ejercer la función disciplinar de las instituciones castrenses.

La transformación y modernización de la justicia, tras pasar del sistema inquisitivo al acusatorio con el cambio de Constitución Política, exigió la adaptación estructural tanto de la justicia ordinaria como de la jurisdicción militar al nuevo sistema. En consecuencia, los códigos sustanciales y procedimentales del cargo judicial fueron sometidos a diversas modificaciones para adaptarse al trascendental cambio (Valencia, 2016). Premisas bajo las cuales se erigió el Código Penal Militar de 1999, con la Ley 522 del 12 de agosto de ese año. No obstante, dicho código no estaba destinado a mantenerse en el tiempo, pues no se alineaba completamente con lo establecido por el nuevo sistema penal acusatorio. Por lo que, en el año 2010, se presenta el nuevo Código Penal Militar con la Ley 1407 de 2010, que además de presentar gran similitud con la Ley 906 de 2004 (Código Penal), instituye la creación de la Fiscalía General Penal Militar y la Organización del Cuerpo Técnico de Investigación.

En consecuencia, la forma en la que se juzgaba a los miembros del Ejército Nacional se adelantaba con base en la Ley 522 de 1999. Para el año 2010 con la expedición de la ley 1407 de 2010 (Por la cual se expide el Código Penal Militar) y la ley 1765 de 2015 (Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial), que se crea la Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su Cuerpo Técnico de Investigación, se implementa la Defensoría Pública Militar y se dictan otras disposiciones, otorgando con ello mayor grado de autonomía a la Justicia Penal Militar para administrar justicia a los miembros de la Fuerza Pública, función que le fue delegada por la Constitución Política en su art. 116 (Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 03 de 2002) donde menciona: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, (...) la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.” (Constitución Política de Colombia, 1991)

No obstante, cabe aclarar que a pesar de que la Ley 1407 de 2010 derogó la Ley 522 de 1999, dada su compleja implementación, por contar entre otras cosas con la creación de los

cuerpos especializados de Fiscalía, Defensa e investigación, trajo como consecuencia la vigencia y coexistencia de los dos códigos hasta el año 2016 (Correa & Uribe, 2014). Dicha situación representaba una problemática para el operador de justicia, pues debía evaluar cada caso en particular minuciosamente para decidir cual de las dos normatividades aplicar en su procedimiento judicial, en atención al principio de favorabilidad, pero sin trasgredir otros principios fundamentales. Adicionalmente, el operador jurídico debe observar que todos aquellos procesos que iniciaron bajo los lineamientos de la Ley 522 de 1999, terminen bajo este régimen gracias al derecho constitucional al debido proceso y a la seguridad jurídica.

En síntesis, la Justicia Penal Militar es un órgano legislativo, cuyo fundamento legal tiene asidero en la Constitución Política de Colombia. Dicha jurisdicción tiene el deber de investigar y juzgar conductas penalmente reprochables acaecidas por los miembros en servicio activo de la Fuerza Pública, de la cual hacen parte las Fuerzas Militares, pero solo de aquellos delitos que se hayan cometido en y por razón de su labor o misión, con observancia en lo dispuesto por el Código Penal Militar.

La Corte Constitucional ha analizado en diferentes oportunidades la expresión “en y con razón del servicio” y ha excluido de la competencia castrense los delitos de lesa humanidad y aquellas conductas punibles de carácter común que no se encuentren relacionados con el cumplimiento de la misionalidad de la Fuerza (Corte Constitucional, Sentencia C-592, 1993).

Por otra parte, es necesario precisar que, de acuerdo con la Corte Constitucional, la Justicia Penal Militar no forma parte de la rama judicial, básicamente, porque no está referenciada dentro del Título octavo de la Constitución Política de Colombia, título bajo el cual se estipulan los órganos que pertenecen a esta rama (Corte Constitucional, Sentencia C-037, 1996). Si bien es cierto, la Justicia Penal Militar administra justicia, lo hace con especial arreglo frente a los sujetos procesales y de cara a ciertos asuntos de los cuales conoce. No obstante, esto no quiere decir que se le de a los sujetos procesales un trato diferente, preferente y mucho menos privilegiado, como muchos suelen pensar, se trata de darles un tratamiento especializado, dadas las especiales condiciones en las que los miembros de la Fuerza Pública desempeñan su labor.

No puede perderse de vista que los miembros de la Fuerza Pública están llamados a asumir el monopolio de la coacción estatal, función que implica el uso de la fuerza y que solo puede ser legítima si se realiza conforme a la Carta Magna y a la ley (Corte Constitucional, Sentencia C-737, 2006). Toda la complejidad que implican las instituciones castrenses, su estructura, su misionalidad, sus procedimientos operacionales y demás circunstancias propias de los cuerpos armados, son las que justifican y fundamentan la especialidad de la Justicia Penal Militar.

1.3 Evolución Legislativa de la Legítima Defensa Militar en Colombia

La figura de la legítima defensa, también conocida como defensa justa, es la conducta desplegada necesaria para reprimir o repeler de si o de otro una agresión actual o ilegítima contra un bien jurídicamente tutelado. Como acción encauzada a resistir un injusto, la conducta defensiva busca impedir la negación de un derecho, motivo por el cual se erige como la negación de la negación de un derecho; de allí que la legítima defensa sea inherentemente ajustada a derecho,

pues no se trata de una retaliación contra el injusto sufrido, sino, de la actuación que busca adelantarse a la consumación del hecho injusto, la conducta que se enfrenta a la propia aparición del hecho delictivo, es decir, que aquella acción no solo está desprovista de intención ofensiva sino que busca evitar o prevenir un daño ante una agresión injusta, actual e inminente (López, 1991).

De acuerdo con López (1991),

La legítima defensa es un proceso dinámico, en el que se enfrentan dos conductas potencialmente lesivas a intereses jurídicos: un acto de agresión, frente a un acto de defensa. Alguien que ataca y crea el peligro a un bien, alguien que se opone al peligro y busca apartarlo; agresión y defensa son los extremos del fenómeno legítima defensa, extremos que ante todo constituye conductas humanas producida en un marco social y ante valores socialmente determinados por un orden preestablecido. (p. 37)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha definido esta institución diciendo que “la legítima defensa es el derecho de tutelar personalmente un bien puesto en peligro por la agresión actual injusta de otro, cuando la urgencia de defender el patrimonio material o moral obliga a recurrir a los propios medios o fuerzas de reacción” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP2912018, 2018)

Aunque como ya se vio, la institución de la legítima defensa es tan primitiva como la humanidad misma, en Colombia esta figura tuvo su primera acogida en el Código Penal de 1936, que en su artículo 25 establecía la legítima defensa como componente de antijuridicidad del hecho, para justificar la protección de la integridad personal, de sus bienes y de su honra. En igual sentido, el Código Penal Militar de 1958 o Decreto 250 de 1958, en su artículo 24 instituyó la legítima defensa como justificativo para “defenderse o a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, sus bienes o su honra” (D. 250, 1958, art. 24). Para 1980 se expide el Decreto 100, en el cual se consagra la figura objeto de este estudio como justificativo del hecho, ya no solo como componente de la antijuridicidad, sino como eximente de responsabilidad, en los siguientes términos:

Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la Legítima Defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione, y por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. (D. 100, 1980, art. 29)

El Código Penal Militar expedido en 1988, retoma la figura jurídica con una redacción muy similar al Código Penal, en el entendido que se establece como justificativo de responsabilidad ante la imposibilidad de repeler una agresión actual, inminente e injustificada.

El Código Penal del año 2000, acogió la figura con los mismos requisitos que su homólogo anterior, pero con una pequeña variante, la ajustó en términos de la culpabilidad y no de la antijuridicidad. En este entendido, nótese como en los Códigos penales de 1936, 1980 y 2000, la Ley establece una ficción jurídica, de carácter ordinario, que fortuitamente, en una determinada

situación, al asistir las condiciones para que la Legítima Defensa se estructure, es decir, a) que la agresión sea directa y sin motivo aparente; b) que exista racionalidad entre el medio empleado para impedirla o repelerla y el acto delictivo y c) que aquel que se defiende no haya provocado previamente al agresor. Demostradas tales circunstancias, el acto se transforma en el ejercicio de un derecho que justifica el hecho, de tal forma que, lo que en principio podría ser una conducta típica, antijurídica y culpable, se convierte en una conducta ajustada a derecho, y en efecto, exime al juzgador de sancionar al transgresor (Von Bernath, 2015). En pocas palabras, desde la óptica jurídica es lícito y admisible indultar al subyugado, cuando en su resistencia legítima sacrifique el bien jurídicamente tutelado de la vida o altere la integridad de otra persona.

A diferencia del Código Penal, el actual Código Penal Militar sigue enmarcando la figura de la legítima defensa como un eximente de responsabilidad, conservando las mismas características acogidas por sus predecesores, y prácticamente con la misma taxatividad de su homólogo civil, invocando como elementos integrantes de la legítima defensa militar los siguientes:

- Una agresión injustificada o ilegítima que exponga peligrosamente algún bien jurídico individual o colectivo.
- Dicha agresión ha de ser actual o inminente.
- La agresión no ha de ser intencional o provocada.
- La acción defensiva debe ser necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo,
- Dicha defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente, es decir, respecto de la respuesta y los medios utilizados.

En resumidas cuentas, para el Código Penal la concurrencia de los elementos antes mencionados, no se oponen al reconocimiento del hecho como homicidio (o lesión, en su caso), sino que es un eximente de culpabilidad, es decir, no se le puede reprochar el acto por cuenta de la voluntad que la persona tuvo al cometer el hecho, mientras que para el Código Penal Militar, la concurrencia de los elementos integrantes de la legítima defensa no está ligada directamente con la falta de culpabilidad, sino con la antijuridicidad del hecho, es decir, en términos de justicia o injusticia del hecho.

2. Uso Legítimo de la Fuerza Armada y la Legítima Defensa

De acuerdo con lo que precede, se puede apuntar, que la propiedad principal de la defensa propia se encuentra en el rechazo, que en virtud del instinto de sobrevivencia, se hace por parte del agente ante una agresión, mediante la que se intenta dañar un bien jurídicamente protegido, propio o ajeno; y que el calificativo de legítima se imprime, en los lugares donde existe el derecho escrito, a través de los atributos o accidentes que son obra del legislador; tales como la ilegitimidad, actualidad o inminencia de la agresión, necesidad y proporcionalidad en la defensa, y falta de provocación de quien se defiende (Martínez, 1998). En consecuencia, la legítima defensa en consonancia con la legislación penal colombiana, es el rechazo que ejerce un individuo, proporcional y necesario, a una agresión no inducida, sin derecho, actual o inminente, mediante la cual se pretende dañar un bien jurídico propio o ajeno. Hecha esta claridad conceptual, es necesario definir la forma en la que se relacionan la institución de la legítima defensa con el uso legítimo de la fuerza armada. Al respecto, la Carta Magna, en su art. 217 establece:

La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. (C.N., 1991, art. 127)

En igual sentido, el artículo 223 de la Constitución consagra los elementos sobre los cuales se estructura el mandato constitucional de uso exclusivo de la fuerza por parte del Estado. Así, se establece que a) solo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos; razón por la cual ninguna persona podrá poseerlos ni portarlos sin el uso de autoridad competente; y b) los particulares que quieran portar armas solo podrán hacerlo si son autorizados por la ley y bajo el control del Gobierno nacional. A estas conjeturas debe sumarse lo previsto en el artículo 216 de la Constitución, de acuerdo con el cual la Fuerza Pública está integrada de manera exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional.

Con base en estas disposiciones se tiene que, para el caso del modelo constitucional colombiano, el titular exclusivo del uso legítimo de la fuerza armada es el Estado, a través de las instituciones que integran la Fuerza Pública, presunciones a las cuales la Carta Magna somete al poder civil del Estado y demarca de forma concisa su actuación de acuerdo con las reglas que prevé el orden jurídico. En efecto, las Fuerzas Militares, de las cuales hace parte el Ejército Nacional, tienen como fin principal el resguardo de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (C.N., 1991, Art. 217).

Las conjeturas superiores en mención permiten concluir, de forma anticipada, que el uso legítimo de la fuerza armada en Colombia está reducido a la Fuerza Pública y, si bien se les permite a otros entes de seguridad o cuerpos oficiales armados portar armas, debe tratarse en todo caso de órganos con carácter permanente, creados o autorizados por la ley, y sometidos al control del Estado con base en los principios y lineamientos que defina el Legislador. En corolario, cualquier otra manera de uso de la fuerza armada que no se someta a estas condiciones, será tanto ilegítima como contraria a la Constitución.

En este sentido, el empleo del uso de la fuerza ha sufrido una serie de cambios que han atribuido a las Fuerzas Militares el rol acorde con la misión y naturaleza para la cual fueron creadas, esta reflexión resulta interesante a partir de la carta constitucional del 86 que concentraba el uso de la fuerza en las instituciones del Estado y la instituía como la máxima autoridad, a partir de la cual nadie podría tener armas dentro del territorio nacional sin permiso de la autoridad competente (Corte Constitucional, Sentencia C038, 1995).

El ejercicio exclusivo del uso de la fuerza armada por parte del Gobierno también se explica en términos de garantía a los derechos fundamentales de los colombianos, a partir de dos rutas diferentes: evitar la amenaza del derecho a la vida y a la integridad física que se deriva de la posesión indiscriminada de armas de fuego; y garantizar que sean las autoridades militares y de policía, limitadas en su actuación por el orden jurídico, las que ejerzan excepcionalmente la fuerza armada.

Además de instituir un sumario de normas para asegurar la avenencia pacífica y el ejercicio de los derechos de todas aquellas personas que ocupan el territorio nacional, el Estado emplea sus Fuerzas Militares para combatir y neutralizar aquellas organizaciones o grupos cuyo actuar va en

contravía de fines estatales, tan cierto es, que el máximo órgano constitucional ha señalado que la protección de los derechos no se limita a la inhibición estatal en quebrantarlos. Se trata además de hacerle frente a los antagonistas hostiles y agresores de dichos derechos. La presencia de las Fuerzas Militares tiene su justificativo en la necesidad de garantizar, más allá del orden jurídico, el goce efectivo de los derechos fundamentales de todos y cada uno de los colombianos (C.C., SU-1184, 2011).

Resultado de lo antedicho, las Fuerzas Militares en representación del Estado y con respaldo constitucional, poseen el monopolio del uso de la fuerza, pues al tenor del artículo 223 superior:

Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente (...) Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale. (C.N., 1991, art.223)

En Sentencia SU-1184 (2011), la Honorable Corte Constitucional expresó que, es obligatorio usar la fuerza en contra de aquellos que con pleno uso de la voluntad transgreden y violan los derechos de las personas y que, además, indiscriminadamente, incumplen los lineamientos normativos. Así mismo, recalcó que el mencionado uso de la fuerza solo está legitimado para la Fuerza Pública estatal, pues al tenor del mandato constitucional sobre ellas recae el monopolio del uso de las armas y, por ende, la titánica labor de hacer uso de ella para defender los derechos de los colombianos.

Así mismo, en un pronunciamiento anterior la misma Corte señaló que, los derechos no son ilimitados, incluso manifestó que la libertad es un derecho que se limita al goce de este en otros individuos y su perturbación, así como la de cualquiera de los máximos constitucionales puede ser defendida, repelida y contrarrestada incluso con el uso de la fuerza (C.C., C-038, 1995).

Como se dijo anteriormente, el Estado tiene la obligación de responder no solo por el goce efectivo de los derechos de los nacionales, sino porque también se cumplan las condiciones de seguridad jurídica y estructural, en el marco de los preceptos de independencia, soberanía e integridad nacional, que conlleven a una convivencia pacífica, premisa de la que se extrae la facultad de las Fuerzas Militares para desplegar operaciones a fin de neutralizar el maniobrar criminal de grupos armados organizados al margen de la ley.

Si en el cumplimiento de dichas operaciones adelantadas por el Ejército Nacional, se ostenta una ofensiva y un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley, que claramente actúa contra derecho, muere como consecuencia del accionar militar, dicha acción tiene respaldo constitucional, y será considerada como aceptable, siempre que sea consecuencia del cabal acatamiento de un deber legal o de la obediencia debida a una orden legítima emitida por autoridad competente con el lleno de las formalidades legales, que en síntesis es el escenario ostensible, cuando esa muerte, se presenta en el desarrollo de un ejercicio militar. Cabe recordar que, la obediencia debida, consagrada en el artículo 91 de la Carta Magna, no puede entenderse

como obediencia absoluta, ciega o irracional y así lo ha señalado la Corte Constitucional en su pronunciamiento C- 540 de 2012:

(...) es indispensable que dentro de las Fuerzas Militares sea observada una disciplina estricta y se respete el orden jerárquico, por lo cual en principio deben acatarse todas las órdenes impartidas por los superiores, quienes asumirán la responsabilidad correspondiente; empero, este principio de observancia irrestricta de los mandatos no equivale a obediencia ciega o irracional. Es decir, la jurisprudencia ha rechazado como inconstitucional la obediencia absolutamente irreflexiva.

Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución. (C.C., C-540, 2012).

Aclarado lo anterior, se tiene que la muerte resultante en un combate, se escuda entonces en la figura de la legítima defensa militar, pues el fundamento de ella, no es solo la defensa del miembro de la Fuerza sumido en el combate, sino además, la protección de la nación, su soberanía, independencia, y en general de los fines y derechos estatales, proclamados por los nacionales en la Carta Magna; en consecuencia, el homicidio del combatiente, se entenderá como una acción de legítima defensa, como consecuencia de la réplica estatal a para hacerle frente a una acción hostil.

De acuerdo con el Tribunal Superior Militar (2008), la legítima defensa militar también debe observar ciertos requisitos para ser considerada como eximente de responsabilidad para el accionante, en primer lugar el, o los militares involucrados en una muerte en desarrollo de operaciones militares, deberán proceder respaldados en el riguroso acatamiento de un deber legal, haciendo uso de la fuerza legítima para neutralizar los grupos organizados levantados en armas y delincuenciales que atentan contra el orden jurídico-nacional.

Al hablarse de un combate, los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que despliegan actividades hostiles contra la población civil o contra las tropas, perpetran evidentemente en un ataque injusto, que, si bien afecta los fines del Estado, pone en riesgo los bienes jurídicamente tutelados de la vida, la seguridad e integridad física no solo de los uniformados, sino también de civiles inocentes, considerados por los convenios internacionales de Derecho Humanitario como personas de especial protección.

Las nociones básicas sobre el empleo de armas de fuego por parte de la Fuerza Pública, adoptadas por la ONU en 1990, señalan la facultad de emplear armas de fuego contra otras personas en defensa propia o de otros, sí y solo si, en los siguientes casos:

- En presencia de peligro claro, directo e inminente de muerte o lesiones graves.
- Con fines preventivos para evitar el perfeccionamiento de una contravención delictiva especialmente grave que represente una seria amenaza para la vida.

- Para detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a autoridad para impedir su fuga.

No puede perderse de vista que los miembros del Ejército Nacional son seres humanos, y como tal tienen iguales derechos, es por ello por lo que, como autoridades tienen el derecho y el deber de defenderse y defender a los demás cuando son injustamente agredidos. En cumplimiento de esa legítima defensa, no puede siquiera pedirse, por ejemplo, que el funcionario deba percutir cierto número de proyectiles, pues “mientras persista el peligro, la defensa es necesaria y proporcionada, no siendo equitativo exigir un comportamiento distinto al procesado a como nosotros mismos en exactas condiciones físico-psíquicas hubiéramos actuado ante la agresión ilegítima” (T. Sup. Mil., Rad. 154902-7708-548-008-EJC, 2008)

Ahora bien, en tratándose del requisito de la agresión ilegítima, Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002) sustentan que la misma se perfecciona cuando se está ante una conducta consciente, voluntaria, agresiva y antijurídica. Lo anterior significa que no puede configurarse la legítima defensa contra actuaciones involuntarias e inconscientes como las conductas desplegadas por impúberes e inimputables, pues, se predica la falta de racionalidad lesiva en el actuar y por lo tanto no puede ejercerse el uso de la fuerza excesiva contra estas personas especialmente protegidas por el legislador.

Durante años se ha liado el uso legítimo de la fuerza con violaciones a los derechos humanos, situación contraria a los estándares y principios profesados por la institución castrense, ya que lo que se pretende con el uso de la fuerza es la protección de los derechos y libertades de la ciudadanía y no al contrario. Sin embargo, para muchas personas es difícil entender que la única forma de existir como sociedad es someterse al imperio de la ley.

Al respecto, el pasado 01 de enero de 2019 se expidió la Resolución 000002 de 2019 (Por medio de la cual se diseñan e implementan las Reglas de Enfrentamiento relativas al Uso de la Fuerza en las operaciones militares que desarrolla el Ejército Nacional en el marco del Derecho Internacional Humanitario). De acuerdo con este compendio normativo, para establecer el tipo de fuerza a utilizar contra el contendiente es necesario analizar el ambiente operacional en el cual se desarrollará la operación militar.

Dicha Resolución establece la obligatoriedad de identificarse como miembros del Ejército Nacional y a dar una clara advertencia de la intención de hacer Uso de la Fuerza, no obstante, autoriza el uso de la fuerza aún sin la advertencia de su implementación, siempre que las circunstancias lo requieran, esto es, frente a riesgo de muerte o daños graves a otras personas. Como se indicó antes, el uso de la fuerza debe estar ajustado a parámetros de legalidad y necesidad y ha de ser proporcionado a la agresión o amenaza repelida, además permite a los miembros de la Fuerza hacer uso de su fuerza física y de las armas de fuego disponibles observando el siguiente orden: advertencia, medios disuasivos o persuasivos (siempre que sea necesario y útil); fuerza física; armas menos letales; armas de fuego o letales (art. 8). Sin embargo, frente al uso de estas últimas señala en su artículo 5:

- La última opción debe ser el uso de armas letales.
- Prohíbe efectuar disparos como medio disuasivo.

- Prohíbe usar las armas de fuego contra las personas o los vehículos que se den a la fuga, a menos que estos representen una seria amenaza para la vida propia o de un tercero y solo luego de haber hecho uso de todas las medidas menos extremas para lograr el objetivo.
- Se permite el uso intencional de las armas de fuego contra las personas, solamente, cuando se actúe en defensa propia o en defensa de un tercero, frente a peligro inminente de muerte o de lesiones graves.

Así mismo, deben observarse los denominados niveles de resistencia (art. 7), que representan la calidad de los riesgos generados por los ciudadanos y que permiten determinar la proporcionalidad de la respuesta por parte de los miembros del Ejército Nacional, categorizados así: Resistencia Pasiva, dentro de la cual se aprecian el riesgo latente y el comportamiento no cooperador; Resistencia Activa, dentro de la cual se aprecia la resistencia física, la agresión no letal y la agresión letal.

Como se indicó anteriormente, la legítima defensa tanto en el Código Penal como en el Código Penal Militar opera como una causal eximente de responsabilidad, sin embargo, teniendo en cuenta el análisis objeto de estudio, cabe precisar que el empleo de la fuerza en el marco de la legítima defensa deberá ejecutarse solo como última opción en el desarrollo de operaciones militares que propenden por el mantenimiento de la seguridad.

No obstante, en la práctica diaria de la profesión las cosas no siempre son como se plantea en la normatividad vigente, obediendo claro está, a las diferentes expresiones de violencia adoptadas por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley. En Colombia a pesar de la firma de paz con la guerrilla de las FARC, aún persiste el conflicto armado interno, lo que significa que el país no se encuentra necesariamente en una situación de paz, sino que, al contrario, persisten grupos disidentes de esa guerrilla que no solo buscan abarcar los territorios abandonados por sus homólogos desmovilizados, sino que la aparición de Bandas Criminales (BACRIM) es evidente. En tal sentido, las tropas al enfrentarse a su adversario se encuentran con un escenario que hace variar sustancialmente las condiciones en las cuales se inicia una operación militar que ha sido planeada en principio en el contexto del enfrentamiento armado irregular. Esto se presta para cambiar el modus operandi de los grupos armados organizados al margen de la ley, con el propósito de engañar las tropas infringiendo reiteradamente el principio de distinción y camuflándose entre la población, por lo que es mucho más difícil diferenciar un delincuente de un civil y fomentando escenarios en los que el uso legítimo de la fuerza se dificulta.

Por la referida vulneración al principio de distinción de los grupos armados ilegales hay cada vez más ataques indiscriminados del personal militar que se encuentra en cumplimiento de su deber constitucional y legal. En ese sentido la legítima defensa, se convierte entonces en una figura o en un eximente de responsabilidad penal, difícilmente demostrable a la hora de enfrentar un proceso judicial, para ello es necesario no solo tener en cuenta los presupuestos que la componen sino articularlos necesariamente con el tipo de operación que se desarrollaba para el momento de los hechos, el contexto en el que se presentó la misma, el enemigo y la condición en la cual se desarrolló el combate, entre otras para establecer la condición de hostilidad proveniente del adversario que tendría influencia directa en la calificación de la conducta y en la presunción del actuar legítimo, pues como se ha reiterado a lo largo de esta investigación, no es lo mismo

desplegar típicamente la conducta homicida a la acción ejercida por el uniformado que busca defender un derecho propio o ajeno guiado por la misionalidad que le ha sido encomendada (Comando General de las Fuerzas Militares, 2015).

Es necesario comprender el enfoque de quién posee la calidad para defenderse en definitivas circunstancias de cara a una agresión. Ahora bien, la legítima defensa para el personal militar requiere de un estudio serio y juicioso de los antecedentes, dinámicas y lógicas del conflicto interno, su evolución y la situación actual que se vive en el en cuanto a diversos fenómenos y grupos armados al margen de la ley por parte de los administradores de justicia. Se debe increpar, a todos los funcionarios que forman parte del legislativo y el ejecutivo a llevar el conocimiento y articulación de conceptos en términos de la sana crítica para que sean valorados integralmente a fin de entender que hay situaciones de violencia que trascienden los límites de los Derechos fundamentales y por consiguiente estos tópicos deben ser apreciados y valorados de forma especial.

3. Requisitos y Circunstancias para Predicar la Legítima Defensa Militar

Como ya se vio, la legítima defensa aparece como una acción propia del ser humano gracias a su instinto de supervivencia y conservación. Sin embargo, para que se configure dentro del ordenamiento jurídico se exige el cumplimiento de ciertos requisitos que permitan eximir de responsabilidad al sujeto activo del hecho típico, o que comporte la disminución de la pena y/o sanción aplicable en caso de no cumplir a cabalidad con tales requisitos.

Uno de los requisitos principales, por no decir el más importante, es responder a una agresión ilegítima. De acuerdo con López (1991),

"La agresión debe de provenir exclusivamente del comportamiento humano, pues, como se dijo antes, sólo el hombre puede cometer actos justos o injustos; del peligro proveniente de animales no podemos defendernos legítimamente, sino actuar en estado de extrema necesidad, salvo que el ataque sea desatado por el hombre utilizando el animal, caso en el cual la defensa es factible, pero seguirá siendo contra la persona y no contra el semoviente; en esta hipótesis, si se da la muerte al animal utilizado, existirá daño a la propiedad en legítima defensa". (p. 49)

Todo acto de agresión involucra una conducta dirigida a causar un daño, lo que establece su finalidad de crear como resultado, una situación de peligro real o inminente, a los bienes jurídicamente tutelados. Así pues, es circunstancia primordial de toda agresión, generar un peligro actual o inminente de dañar los bienes jurídicamente protegidos de quien se defiende.

En concordancia, frente a ciertas circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar, la legítima defensa exime de responsabilidad a quien con su actuar realiza la representación típica de cualquier dispositivo penal, como, por ejemplo, quitarle la vida a otro para defender la propia. De acuerdo con Roxin (1997), una causal de justificación se reconoce cuando acepta que dos derechos choquen entre sí, pero que solo uno de ellos puede prevalecer. Señala además el doctrinante alemán, que es deber del aparato judicial y sus servidores, determinar la norma socialmente correcta para dirimir aquellos intereses en conflicto (Roxin, 1997).

Por otra parte, Bello (2011) señala que el inconveniente para predicar el eximente de responsabilidad en los miembros de la Fuerza Pública surge al momento mismo de reconocer que esa capacidad de actuar en legítima defensa se circunscribe también al reconocimiento del Estado como Institución, así como al momento de reconocer que la figura de esta causal de exoneración de responsabilidad va más allá de la agresión de individuo a individuo, pues se debe analizar hasta qué punto puede ampliarse la figura en defensa de los fines y principios estatales, así como el alcance de la legítima defensa preventiva cuando las circunstancias permitan tener conocimiento de la inminente ejecución de un ataque. Lo anterior debido a que uno de los requisitos para que se configure la legítima defensa es que la agresión o el ataque sea actual.

Al respecto, el Tribunal Penal Militar en sentencia del 2006 se refiere a la institución de la legítima defensa en los siguientes términos:

(...) la legítima defensa es la repulsa de una agresión ilegítima, actual o inminente, por el agredido o un tercero, contra el agresor, dentro de los límites de la defensa y con proporcionalidad de los medios empleados para el rechazo. Actual es el riesgo que ya ha comenzado y no ha concluido aún, el que se concretó en un daño real y pervive todavía, mientras que inminente es el que representa cualquier amenaza inmediata para el bien jurídico, deducible de un gesto, actitud o movimiento, pero es necesario que el mal o daño no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial, esto significa que tras una valoración racional de la situación, el agente se vea obligado a actuar por no tener a su alcance otros medios legítimos o lícitos que eviten el perjuicio ajeno o que coadyuven a que éste sea de menor proporción, así las cosas el agente debe hacer todo lo jurídicamente exigible, dadas las circunstancias al momento del hecho, para evitar la causación del daño al derecho o bien ajeno con miras a proteger el suyo (...) (Tribunal Penal Militar, [T. P. M.], 2006)

Del texto transcrito se tiene que, la legítima defensa constituye la justificación de una conducta agresiva por parte de quien recibe, o defiende a un tercero de un ataque injustificado, frente a ese aspecto se requiere que el ataque ya se haya producido o que efectivamente esté por producirse. Sin embargo, menciona que la defensa no puede producirse de cualquier forma, sino bajo parámetros de proporcionalidad; la proporcionalidad es el quid del asunto y hace parte de un dispositivo más amplio, denominado necesidad racional de la acción, es decir, que efectivamente exista la necesidad de lesionar o quitarle la vida al atacante. A su vez, se colige que la legalidad de la conducta de quien produce un perjuicio en contra de quien lo origina, es derivado de la prerrogativa que tiene toda persona de salvaguardar los intereses propios y ajenos, y en caso de los militares, del deber constitucional de velar por la seguridad de la soberanía estatal y la protección de la población civil, aunque dicha actuación indique pasar por encima de los derechos del agresor.

Ahora bien, en tratándose de los requisitos determinados por la jurisprudencia, recientemente la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

Para consentir la legítima defensa se requiere la afluencia de cinco elementos:

1. Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad personal)
2. Que sea actual o inminente. Es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo.
3. Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice.
4. Que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión.
5. Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada. Es decir que, de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado. (C. S. J., Sent. 979/18, 2018)

A los elementos antes descritos, se debe añadir para el caso de la defensa militar, lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia 35099 (2011),

- a) ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo;
- b) el hecho típico debe tener relación con el mismo servicio.

De las decisiones jurídicas precitadas se puede extraer que, para configurar la institución de la legítima defensa militar deben concurrir los siguientes corolarios: a) que exista una agresión ilegítima o antijurídica que genere peligro al interés protegido legalmente; b) que el ataque se encuentre en curso y aún haya posibilidad de protegerlo, pues no puede alegarse la legítima defensa si esa agresión injusta ya ha pasado o se ha consumado y peor aún en agresiones imaginarias; c) la defensa debe ser necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo; d) la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente respecto de la respuesta y los medios utilizados; e) la agresión no ha de ser intencional o provocada; f) debe tratarse de un militar en servicio activo, y g) el hecho típico debe estar relacionado con una misión propia de la Fuerza.

Cabe resaltar que, la misma corporación de justicia ha precisado que la legítima defensa se opone a situaciones de agresión mutua, es decir, no se puede predicar en situaciones de riña donde los contrincantes han decidido libremente inmiscuirse en la gresca, salvo cuando en medio de la riña “los contrincantes rompen las condiciones de equilibrio del combate” (C. S. J., Rad. 26268, 2007).

Uno de los elementos que más controversias causa es el relacionado con la proporcionalidad de la defensa tanto en medios racionales de defensa utilizados, como en la medida del ataque desplegado. Erróneamente se ha interpretado este elemento como una adecuación comparativa, cuando en realidad se trata de una adecuación para la defensa (López, 1991).

Según Muñoz (2013), la proporcionalidad se predica en la defensa frente al ataque, por lo cual radica en la acción defensiva misma, y no en los medios o en los bienes en conflicto. Se trata entonces de las circunstancias de modo, tiempo y lugar y las características de la defensa lo que reclama ponderación frente a la agresión, es por ello, que no puede determinarse la proporcionalidad con la simple comparación de medios ni de bienes en conflicto, como tampoco puede hacerse comparando la gravedad de la amenaza frente al daño realizado, sino observando

en conjunto todos los factores relacionados en cada caso en particular; no con un juicio a *posteriori*, sino, ubicándose o remontándose al momento mismo de ocurrencia de los hechos y observando las condiciones en que se realizó la defensa.

Por otra parte, es necesario reiterar que la legítima defensa es una causal eximente de responsabilidad penal, sin embargo, existen dos acepciones de la legítima defensa establecidas por la doctrina para separar la defensa real y la imaginaria: La legítima defensa objetiva y la subjetiva, que tiene relación directa con el requisito de la agresión.

Se ha esbozado el entresijo de si la conducta agresiva debe de ser dolosa e intencional, o bien, si es posible que esa conducta agresiva pueda ser imprudencial o involuntaria. En principio plantea Jiménez de Asúa (1952), que para que exista una auténtica agresión, la misma debe provenir de la voluntad del atacante. Cuando no existe arrojamiento defensivo se trata de una situación de defensa putativa, cuando no hay ánimo de defensa, se trata de legítima defensa. De acuerdo con esta premisa, para que pueda hablarse de agresión ilegítima y por ende de legítima defensa se requiere que la conducta desplegada por el atacante sea dolosa, pues de lo contrario no habría lugar a declararla. Sin embargo, doctrinantes como Jescheck (1986) plantean que la agresión no debe ser necesariamente dolosa para exculpar la reacción del atacado, basta con que sea imprudente u ocasionada por una conducta descuidada.

La legítima defensa subjetiva también denominada putativa proveniente etimológicamente de latinismo *'putate'*, que representa pensar, suponer o juzgar, se origina cuando quien intenta protegerse lo hace frente a un ataque o agresión inexistente, contra una ofensa ficticia. Señala Muñoz (2013) al definir el fenómeno que, "Aquí ocurre un fenómeno muy curioso de cambio de papeles: el que cree que se defiende es, en realidad, un agresor; y el que fue tomado por un agresor termina finalmente defendiéndose legítimamente de la agresión real que sufre" (p. 65).

Entonces, ya que en la legítima defensa subjetiva la agresión es ficta o supuesta, el actuar de quien despliega la actividad defensiva solo puede atribuirse al error. Un error sobre la antijuridicidad de la conducta defensiva gracias al cual, quien cree ser objeto de un ataque asume como legítima su propia defensa. De allí que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia considere esta institución como "casual de inculpabilidad por error sobre la antijuridicidad de la conducta" (C. S. J., Rad. 12343, 1999).

Seguramente, atendiendo a estas razones, es que el Código Penal Militar no regula el tema de la legítima defensa subjetiva en el apartado correspondiente a la legítima defensa. Tampoco se incluye dentro del libelo normativo la figura de la legítima defensa subjetiva como entidad autónoma de exclusión de responsabilidad penal, sino que fue incluido en el numeral 11 del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010 así "Se obre con error invencible de la licitud de su conducta" a lo cual se agrega "Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad". Sobre este particular, obsérvese que la causal de exclusión de responsabilidad penal opera no sólo para el error respecto de la legítima defensa sino para el error que se da sobre cualquier conducta que se reputa lícita. El error sobre la legítima defensa es simplemente uno de ellos.

Por su parte la legítima defensa objetiva es aquella en la que la agresión es real, actual e inminente, la cual comporta una exclusión de responsabilidad penal (Corte Constitucional, C-899,

2003). Como ya se dijo, se relaciona directamente con el aspecto objetivo de la agresión, aspecto que involucra la exteriorización efectiva de la conducta dirigida a lesionar un bien protegido jurídicamente, es decir, ya no se trata solo de la intención, sino que se desplieguen acciones que efectivamente representen un peligro, “por peligro debe de entenderse la probabilidad de un daño, esto es una situación objetiva que permita formular un juicio sobre la probabilidad de sufrir una lesión” (Jiménez de Asúa, 1952, p. 169). Pues puede presentarse el caso en el que la agresión antijurídica no genere un real peligro de daño o bien exista peligro de daño sin agresión inminente.

Por ejemplo, una calumnia, una injuria, un rumor malintencionado, una amenaza o un insulto sin lugar a duda se trata de un ataque ofensivo, no obstante, no se trata de una conducta que genere una situación de peligro real para los bienes jurídicamente tutelados del agredido que merezca o legitime la autodefensa letal. En consecuencia, solo la agresión o la conducta agresora encaminada a atacar que efectivamente interese de vital importancia como serían la vida, la integridad física y sus bienes conexos, sería la única que justificaría la autodefensa. Los otros bienes jurídicamente protegidos, que son fácil y expeditamente restaurables, no serían constitutivos de un peligro inminente de daño, por así disponerlo el articulado Penal.

Así, el militar que dispara en alguno de los miembros inferiores de un prisionero de guerra que intenta huir de su lugar de reclusión, se encuentra justificado para actuar de esa forma, en tanto ello sea la única forma de impedir que escape, y, por tanto, si existía la posibilidad de que el militar le diera alcance y detuviera prisionero con el uso de la fuerza física, es decir, con un simple golpe en las piernas, habrá exceso en la causa de justificación y, por tanto, la misma será antijurídica.

Ahora bien, para la justicia penal militar el alcance de la institución de la legítima defensa tiene un carácter restringido, pues, en el marco de la justicia penal militar no solo se ponderan los requisitos para incoar el eximente de responsabilidad, sino además se debe considerar que se trata de un funcionario público legitimado para usar armas de fuego, sobre el cual recae la responsabilidad profesional de velar por la protección de los derechos de los colombianos, aunque ello implique la violación de los derechos jurídicamente tutelados.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo que pronunciarse sobre la existencia de la legítima defensa alegada por varios miembros del Ejército Nacional. Según las circunstancias del caso, en el desarrollo de un enfrentamiento armado con miembros de las FARC, tras el cruce de disparos fallecieron dos personas, entre ellas una religiosa de nacionalidad suiza que se encontraba en una misión pastoral de atención médica a los campesinos de la vereda El Sande, jurisdicción del municipio de Santa Cruz de Guachavés (Nariño), igualmente, resultaron heridos cuatro civiles, dos de ellos de gravedad. En la causa se debatió si el accionar de los uniformados estaba o no amparado por el art. 33 de la Ley 1407 de 2010, con base en las pruebas recolectadas (declaraciones testimoniales, informes médicos y forenses, evidencia física, etc.). La Corte encontró que las conductas ejecutadas por el personal militar estaban justificadas, puesto que lo ocurrido se enmarcaba en el enfrentamiento sostenido entre el Ejército y los terroristas, consideró que “habían actuado en estricto cumplimiento de un deber legal; por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno, contra injusta agresión actual o inminente; y,

por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente” además mencionó que “No fue desproporcionada la legítima defensa, porque los procesados dispararon para preservar sus vidas, frente al ataque de los subversivos que accionaban las armas en mejor posición (...)”, por lo que ratificó lo esgrimido por el a quo. (C. S. J., Sala de Casación Penal, Acta No. 157, 2013)

En los últimos años con la firma de paz suscrita con la guerrilla de las FARC, la lucha del Estado ha cambiado de enfoque para hacer frente a la delincuencia organizada, concretamente al narcotráfico, lucha en la que intervienen no solo el cuerpo de la Policía Nacional, sino además las Fuerzas Militares (Ejército, Fuerza Aérea y Armada), situación en la que se pueden presentar muertes y/o lesiones personales graves tanto en integrantes de las organizaciones delincuenciales, como en personas inocentes, es decir, civiles que nada tienen que ver con los hechos, pero que se encontraban en el lugar de ocurrencia de estos. La escena que se plantea permite entender que después de los grupos de guerrilla y paramilitares, organizaciones delincuenciales como las BACRIM (Bandas Criminales) han venido generado una cantidad importante de víctimas del conflicto armado, superando inclusive a la Fuerza Pública. Estos grupos no se encuentran uniformados ni portan signos que los distinga y que ayuden a diferenciarlos entre ellos, ni de otros grupos armados organizados al margen de la ley y por ese motivo alrededor de tres millones de víctimas no reconocen al victimario, lo que dificulta en muchas ocasiones resolver casos jurídicos en los que interviene la figura del uso de la legítima defensa militar. Esto sin duda genera impunidad y no se garantiza el derecho al acceso a la justicia (Luna, 2017).

Conclusiones

1. La legítima defensa también conocida como defensa justa, es la conducta desplegada necesaria para reprimir o repeler de si o de otro una agresión actual o ilegítima contra un bien jurídicamente tutelado. La legítima defensa incoada por aquel miembro del Ejército Nacional que repele una agresión provocada por un tercero, debe ser alegada como la necesidad de responder ante una agresión ilegítima no provocada, siendo esta una agresión injusta, actual o inminente que pone en riesgo un bien jurídicamente tutelado propio o ajeno que si bien puede llamarse vida y/o integridad personal debe de efectuarse necesariamente ante una reacción ofensiva u hostil.
2. Se trata de una institución considerablemente antigua, pues, está íntimamente vinculada con las distintas etapas históricas por las que ha transitado el ser humano y la sociedad. En la Ley de las XII Tablas se instituía la legítima defensa para proteger la propiedad privada de los hurtos. En el derecho germánico y canónico se permitía la posibilidad de repeler una agresión con otra agresión, sin embargo, en cabeza del victimario pesaba la obligación de indemnizar el daño, independientemente que se haya tratado de legítima defensa. Es el ordenamiento francés, el que le imprime un carácter atenuante a la legítima defensa. Fue solo hasta finales del siglo XVII en Alemania, que la figura de la legítima defensa se desligó del delito de homicidio y se trasladó a las consideraciones generales del

Código Penal Alemán como una eximente de responsabilidad, concepto que trascendió el paso de los años y es como actualmente se conoce.

3. En Colombia esta figura tuvo su primera acogida a partir de 1936 con el Código Penal, el cual la estableció como componente de antijuridicidad del hecho, para justificar la protección de la integridad personal, de sus bienes y de su honra. En igual sentido, el Código Penal Militar de 1958 o Decreto 250 de 1958, la instituyó como justificativo para defenderse o a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, sus bienes o su honra. Para 1980 el Decreto 100 la consagra como justificativo del hecho, ya no solo como componente de la antijuridicidad, sino como eximente de responsabilidad.
4. Antes de la expedición de la ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar), las investigaciones penales contra el personal uniformado adscrito al Ejército Nacional, se adelantaban bajo los lineamientos de la Ley 522 de 1999. Con esto no se pretende afirmar que uno haya derogado al otro, pues ambos compilados normativos siguen vigentes y siguen siendo ampliamente referidos en materia penal militar y en la institución de la legítima defensa pues establecen los siguientes elementos integrantes de la legítima defensa: a) agresión injustificada o ilegítima que exponga peligrosamente algún bien jurídico individual o colectivo; b) dicha agresión ha de ser actual o inminente; c) no ha de ser intencional o provocada; d) no ha de ser intencional o provocada; e) la acción defensiva debe ser necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo; y f) la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente, es decir, respecto de la respuesta y los medios utilizados. Mientras para el Código Penal la concurrencia de los elementos antes mencionados, no se oponen al reconocimiento del hecho como homicidio (o lesión, según el caso), sino que es un eximente de culpabilidad, es decir, no se le puede reprochar el acto por cuenta de la voluntad que la persona tuvo al cometer el hecho, mientras que para el Código Penal Militar, la concurrencia de los elementos integrantes de la legítima defensa no está ligada directamente con la falta de culpabilidad, sino con la antijuridicidad del hecho, es decir, en términos de justicia o injusticia del hecho. Aunque la Ley 1407 de 2010 derogó el anterior Código Penal Militar, actualmente, algunas investigaciones que empezaron antes de 2016 se siguen adelantando bajo la Ley 522 de 1999 gracias al complejo proceso de transición entre una ley y otra, así como al principio de favorabilidad y a las garantías constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica.
5. Por mandato constitucional se tiene que, el titular exclusivo del uso legítimo de la fuerza armada es el Estado, a través de las instituciones que integran la Fuerza Pública, entre ellas el Ejército Nacional. En ese sentido, el uso legítimo de la fuerza armada en Colombia está reducido a la Fuerza Pública estatal. El uso legítimo de la fuerza se puede definir como la capacidad de usar medios represivos en contra de aquellos que con pleno uso de la voluntad transgreden y violan los derechos de las personas y que, además, indiscriminadamente, incumplen los lineamientos normativos. En virtud de tal prerrogativa constitucional, los miembros del Ejército Nacional en desarrollo de

operaciones militares pueden incoar la institución de la legítima defensa para legitimar su accionar. No obstante, la legítima defensa militar también debe observar la siguiente máxima normativa: proceder respaldados en el riguroso acatamiento de un deber legal, haciendo uso de la fuerza legítima para neutralizar los grupos organizados levantados en armas y delincuenciales que atentan contra el orden jurídico-nacional.

6. Se encontró que para que la legítima defensa se configure como eximente de responsabilidad frente a las actuaciones de los miembros del Ejército Nacional, se deben cumplir los siguientes requisitos: a) que exista una agresión ilegítima o antijurídica que genere peligro al interés protegido legalmente; b) que el ataque se encuentre en curso y aún haya posibilidad de protegerlo, pues no puede alegarse la legítima defensa si esa agresión injusta ya ha pasado o se ha consumado y peor aún en agresiones imaginarias; c) la defensa debe ser necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo; d) la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente respecto de la respuesta y los medios utilizados; e) la agresión no ha de ser intencional o provocada; f) debe tratarse de un militar en servicio activo, y g) el hecho típico debe estar relacionado con una misión propia de la Fuerza.

7. Por último, cabe resaltar que para la justicia penal militar el alcance de la institución de la legítima defensa tiene un carácter restringido, pues, en el marco de la justicia penal militar no solo se ponderan los requisitos para incoar el eximente de responsabilidad, sino además se debe considerar que se trata de un funcionario público legitimado para usar armas de fuego, sobre el cual recae la responsabilidad profesional de velar por la protección de los derechos de los colombianos, aunque ello implique la violación de los derechos jurídicamente tutelados.

TANIA ALEJANDRA LOZANO CIFUENTES

Estudiante Maestría Instituciones Jurídicas de la Fuerza Pública

Trabajos citados

- Álvarez, M. E. (2005). *Jurisdicción Ordinaria y Jurisdicción Penal Militar: Homicidio en No Combatientes Cometido por Miembros de la Fuerza Pública*. Bucaramanga: Universidad
- Arias, R. j., & Bonet, A. J. (1984). *Derecho Romano*. Madrid (España): Edersa.
- Bello, C. D. (2011). *Legítima Defensa Preventiva En Desarrollo De Operaciones Militares*. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.
- Caro, S. E. (2019). *Legítima defensa, "la aplicación de criterios claros básico que se hacen necesarios para la configuración e interpretación de la legitima defensa, código penal colombiano, ley 599 de 2000, artículo 32- inciso 6" en el municipio de Arauca.*. Arauca: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Castro, S. A. (2006). *Compendio Histórico de Derecho Romano*. Madrid (España): Editorial Tébar S.L.
- Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional número 114 (Presidencia de la República 04 de julio de 1991).
- Correa, F. M. (2017). *Legítima Defensa en Situaciones Sin Confrontación: La Muerte del Tirano en Casa*. Bogotá D.C. : Universidad de los Andes.
- Correa, N. Á., & Uribe, R. E. (2014). *Aplicación del Principio de Favorabilidad en la Transición de las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010 en el Proceso Penal Militar*. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.
- Corte Constitucional , C-899 (M.P. Dr. Monroy Cabra Marco Gerardo octubre de 07 de 2003).
- Corte Constitucional, SU-1184 (M.P: E. Montealegre Colombia de Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] de 2011).
- Corte Constitucional, C-540 (M.P. Palacio Jorge Iván 12 de julio de 2012).
- Corte Constitucional. [C.C.], C-038 (Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] Colombia de M.P: A. Martínez de 1995).
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Sentencia AP 979-2018. Radicación: N° 50095 (M.P: L. Salazar 2018).
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], Radicado: 26268 (07 de marzo de 2007).
- Corte Suprema de Justicia, SP 5104-2017 (M.P. Salazar Otero Luis Guillermo 05 de abril de 2017).
- Corte Suprema de Justicia, SP 29122018 (Sala Penal 21 de febrero de 2018).
- Corte Suprema de Justicia, , Sala de Casacion PenalProceso N° 12343 (M. P.: Dr. C. Galvez Argote 14 de diciembre de 1999).
- D. 100, Código Penal. Diario Oficial 35461 (Congreso de la República 23 de enero de 1980).

- D. 250, Código Penal Militar. Diario Oficial. 29824 (Congreso de la República 11 de julio de 1958).
- Esteban, R. L. (2019). *Justicia Penal Militar Especial - Conflicto de Jurisdicción*. Cúcuta: Universidad Libre.
- Jiménez, d. A. (1953). *Tratado de Derecho Penal Tomo II*. Buenos Aires (Argentina): Losada S.A.
- López, O. (1991). *Legítima Defensa*. Bogotá: Temis.
- Molina, L. Y. (2016). *Evolución de la Institución Jurídica de la Legítima Defensa en el Derecho Penal Colombiano*. Bogotá D.C.: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Muñoz, C. F. (2013). *Legítima Defensa*. Buenos Aires (Argentina): Ediciones Ditot.
- Niebles, L. L. (2010). *Jurisdiccionalidad de la Justicia Penal Militar y de sus Sentencias*. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.
- Reyes, E. A. (1977). *La Antijuridicidad*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, U. F. (1987). *Derecho Penal Militar. Teoría General. Primera Parte*. Bogotá D.C.: Publicaciones Jurídicas FRU.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Múnich: Civitas.
- Sentencia C-037, , M.P. Dr. Naranjo Mesa Vladimiro (Corte Constitucional 05 de febrero de 1996).
- Sentencia C-592, M.P. Dr. Monron Díaz Fabio (Corte Constitucional 09 de diciembre de 1993).
- Sentencia C-737, , M.P. Dr. Escobar Gil Rodrigo (Corte Constitucional 30 de agosto de 2006).
- Tribunal Superior Militar, 154902-7708-548-008-EJC (- M.P. Capitán de Navío C. Dulce 14 de mayo de 2008).
- Tribunal Penal Militar, [T. P. M.], Radicado: Rad. No. 032-148255-1066.XVI-38-PONAL (M.P. TC. R. Tovar 06 de Marzo de 2006).
- Valencia, T. Á. (2016). *Fuero Militar y Justicia Penal Militar*. Bogotá D.C. : Revista Credencial.
- Vallarta, M. J. (2008). El derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado. ¿Se justifica una interpretación extensiva para incluir medidas preventivas y punitivas? Una visión israelí*. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 52-55.
- Von Bernath, J. W. (2015). *Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa*. Santiago (Chile): Política Criminal Vol. 10 Núm. 20.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal* . Buenos Aires (Argentina): EDIAR.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires (Argentina): Ediar.