

UNIVERSIDAD MILITAR "NUEVA GRANADA"

**ANTEPROYECTO PARA OPTAR GRADO DE ESPECIALISTA EN
PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA PENAL
MILITAR.**

**FUERO PENAL MILITAR Y LA PROBLEMÁTICA EN SU AMBITO DE
APLICACIÓN**

Dr. CARLOS ANDRES BERNAL

Director Postgrado.

**Kennie Marcela Cotes Castellanos
Roberto Vásquez Delgado**

Bogotá Septiembre 11 de 2.012.

FUERO PENAL MILITAR Y LA PROBLEMÁTICA EN SU AMBITO DE APLICACIÓN

Introducción

La legislación, jurisprudencia y casuística recientes nos permiten analizar que ha existido una indebida incursión de la Justicia Ordinaria en la competencia de la Justicia Penal Militar violándose de esta manera el Fuero Militar. Ejemplo de ello se evidencia en las investigaciones por bajas en combate, entre otros casos, que son remitidas por el funcionario de policía judicial a la Justicia Penal Ordinaria y que esta asume de manera inmediata, por considerar que pueden ser constitutivos de graves infracciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Sin embargo, la anterior situación descrita es considerada como un hecho de total normalidad y sin importancia alguna, en las distintas instancias judiciales con base en que la ley general prima sobre la particular, esto es, que la Justicia Penal Ordinaria puede asumir algunos casos, porque simplemente lo cree pertinente; sin percatarse que con ello se estarían contrariando los tratados internacionales y normas constitucionales, que establecen una serie de principios tales como el de Legalidad, Debido Proceso y Juez Natural, lo que se presenta cuando el Juez Militar es desplazado, para asumir investigaciones propias del servicio, y bajo ese pretexto excluir de su conocimiento conductas totalmente típicas para la competencia Penal Militar, arrebatándole su jurisdicción, y como consecuencia generándose nulidades procesales.

Ahora bien, efectivamente estas actuaciones descritas, ¿constituyen en sí un deseo desinteresado por administrar justicia, en aras de lograr el esclarecimiento de los hechos y un proceso transparente para todas las partes?, o mas bien en otro tipo de fin, siendo originado en situaciones

de carácter social, en los cuales caen los medios de comunicación, ONG'S, por la guerra jurídica y de disuasión que hacen las organizaciones al margen de la ley, o mayor culpa de régimen de transición de la ley 522 de 1999 a la Ley 1407 de 2010, en el cual existen muchos vacíos jurídicos razón por la cual se hace pertinente establecer si el fundamento de las decisiones es válido, resultando entonces el Fuero Militar una realidad en algunos casos y restringida mínimamente.

Fuero Penal Militar a nivel internacional.

Con el fin de tener una mejor noción sobre el tema, y antes de adentrarnos a estudiar el Fuero Penal Militar en Colombia, se hace indispensable señalar el funcionamiento de este en algunos países de América Latina y Europa.

En el caso de **Chile**, que vivió una larga dictadura, hace una diferencia de los tiempos de paz y los tiempos de guerra. En este último, los procesos de investigación son breves y sumarios, y no pueden prolongarse por más de 48 horas. El Código militar abarca una amplia gama de delitos que van desde los típicamente militares hasta los delitos comunes cometidos en el ejercicio del servicio, entendido este como "todo aquel que tenga relación con las funciones que a cada militar le corresponde por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas". Esto permite que, incluso, los jueces militares conozcan de los casos de violaciones a los derechos humanos realizadas por los uniformados. **En Argentina**, que comparte también los tiempos de dictadura, especifica que durante los tiempos de guerra, los tribunales militares juzgan los delitos que son cometidos por militares en actos del

servicio militar, por órdenes de los superiores militares o por requerimientos de las autoridades civiles. El Código Penal Militar conoce una muy amplia gama de delitos entre los que se encuentran: delitos contra el orden constitucional; contra la lealtad a la Nación; delitos típicamente militares; delitos comunes militarizados (prevaricato, cohecho, defraudaciones, entre otros); y delitos comunes (hasta hurto y robo) cometidos con ocasión del servicio. **En el caso de Estados Unidos** la justicia penal militar tiene una amplia cobertura, además de los delitos típicamente militares. Por ejemplo, los allí llamados "delitos convencionales" que se encuentran en los códigos civiles: asesinato, ultraje, asalto, sodomía, extorsión, incendio criminal, uso de estupefacientes, etc. También están los delitos del Artículo General 134 del Código Penal Militar que declara criminales los actos contra el orden y la disciplina de las Fuerzas Militares, o que las desacredita. O delitos contra la aplicación de la Ley: escape de prisión, negarse a testificar, falsos testimonios, etc. **En España**, además de los delitos típicamente militares la jurisdicción militar conoce un amplio espectro de delitos: delitos comunes militarizados, o sea, cuando la ley militar tiene un mayor castigo; delitos que atentan tanto contra bienes jurídicos comunes como militares, siendo esto último prevalente; y delitos comunes militarizados, esto es, que no tienen relación con lo militar, pero están incorporados al Código Penal Militar. **En Francia**, "toda infracción o delito penal cometido por un militar, o contra un militar, es tratado por el tribunal especializado en materia militar del tribunal de grande instancia designado por la ley. El código aplicado es el código de procedimiento penal, pero el militar tiene otras garantías adicionales importantes que preservan su derecho a la defensa: la acción pública sólo puede ser pedida por el Procurador de la República, pero únicamente si existe una denuncia previa de la infracción y ésta emana de una autoridad militar". Adicionalmente,

"ningún particular puede denunciar a un militar y pedir que se lo juzgue. Para evitar que una simple denuncia (justificada o de mala fe) rompa la cadena de mando, el pedido debe venir de una autoridad militar y, si la acusación es seria, el Procurador de la República la estudia antes de ordenar la acción pública. La confidencialidad de ciertas informaciones puede justificar la ausencia del jurado popular en el juzgamiento del militar. Es posible allanar lugares militares pero respetando ciertas reglas. Los militares deben ser detenidos en locales separados de los civiles". **En Italia**, en tiempo de paz, los tribunales militares conocen los delitos militares cometidos por los miembros de las fuerzas militares. En cambio, no existe código de procedimiento penal militar, pues el código de procedimiento penal (de derecho común) es el que se aplica. **En Suiza** los tribunales militares juzgan a los militares por delitos cometidos en servicio o fuera del servicio, pero en el marco de sus deberes militares. El Código Penal Militar incluye un gran número de delitos, tanto los típicamente militares, como las violaciones al derecho de gentes. Pero también incluye muchos de derecho común: homicidio, secuestro, violación sexual, estafa, delitos contra la administración de justicia y delitos contra el patrimonio. La justicia penal militar también juzga a empleados, funcionarios y obreros civiles de las Fuerzas Militares por actos contra la defensa nacional. En tiempos de guerra la jurisdicción se amplía a civiles que cometen traición, espionaje, o ataques contra bienes militares.

Fuero Penal Militar en Colombia y su devenir histórico.

Encontramos que de manera ordenada técnica, dinámica y didáctica su devenir se evidencia con claridad en el artículo escrito en la Revista

CREDENCIAL – HISTÓRIA, por el señor General en Retiro ALVARO VALENCIA TOVAR¹.

La Justicia Penal Militar en sus orígenes más remotos y génesis de tal especialidad del Derecho Punitivo en Colombia, se remonta al Derecho Romano y de manera específica a las normas que regían a las Legiones.

La fuente histórica más directa de esta Justicia Especializada en Colombia es el Derecho Penal Castrense español; Carlos III promulgó el Decreto Real del 9 de febrero de 1793, estableciendo la vigencia del Fuero Militar en los ejércitos de España y ultramar, señalando que los delitos de los militares serían conocidos por los tribunales castrenses.^{1.}"

En esta primera época, la única diferencia entre la justicia penal militar y la común era el fuero, aunque en el avance del devenir histórico se fueron asentando las diferencias, habida cuenta de las especiales tipologías militares, derivadas de las particularidades de su función.

En la Constitución de 1811 la cual se promulgó siendo presidente Jorge Tadeo Lozano, se adoptó la jurisprudencia penal militar española y se indicó de manera expresa en su Título VIII "De la fuerza pública", en su Artículo 1º. *"El fuero militar se conservará como hasta aquí"*.

Durante la emancipación se da la primera aplicación conocida del Derecho Penal Militar en las huestes patriotas, ello sucedió cuando el Precursor y General ANTONIO NARIÑO, investido del mando del Ejército Unido de la Nueva Granada adelantaba la campaña del Sur, el caso fue que tres militares europeos, de nombres Manuel Roergaz de Serviez,

¹ Revista CREDENCIAL HISTÓRIA, Bogotá Colombia, Edición 152, Agosto de 2002, VALENCIA Tovar Álvaro, artículo "FUERO MILITAR Y JUSTICIA PENAL MILITAR – Una Tradición Histórica de la Jurisprudencia Colombiana". <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/agosto2002/fuero.htm>.

Cortés de Campomanes y el barón de Schanbourg incurrieron, en el parecer del precursor, en conductas que hicieron pensar al General NARIÑO en una insubordinación con perfiles de conjura contra él, por tal motivo ordenó dar inicio a una investigación, separarlos del Ejército y los remitió a Santafé² para que fueran juzgados, ello conforme a la normatividad del Derecho español.

Ya en la época conocida como la Reconquista, el señor Teniente General PABLO MORILLO estableció en su mandato, los Consejos de Guerra Permanentes destinados a juzgar a los señalados del punible de Alta Traición cuya pena era la muerte, el Consejo de Purificación que juzgaba los delitos de rebelión y similares redimibles con castigos diferentes a la pena capital, finalmente la Junta de Secuestros que se encargaba de incautar y confiscar los bienes de los condenados por los mencionados tribunales y a los patriotas reconocidos o sospechosos de serlo.

Con la independencia, inicialmente la actual Colombia llamada en ese entonces Nueva Granada, mantuvo el fuero penal militar conforme a las regulaciones del Derecho español.

En la República con el señor General FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, el Derecho Penal Militar comienza a tomar dinamismo propio e inicia a tener sus particulares regulaciones diferentes a las de la Corona Española, el General y prócer, primero como vicepresidente en ausencias del Libertador SIMÓN BOLIVAR, por encontrarse este en campaña, posteriormente en su segunda administración entre 1833 y 1837, y finalmente cuando le fue encargado por el señor General PEDRO ALCANTARA HERRAN, quien se desempeñare en aquel momento como Secretario de Guerra, el redactar un Código Militar, que no se terminó

² Hoy Bogotá.

por la muerte del hombre de las leyes, aportó grandes avances en las regulaciones legales de la justicia especializada para los militares.

El fuero militar mantuvo su plena vigencia y reconocimiento constitucional, continuando de tal manera con reformas menores durante todo el siglo XIX, lo que se encontraba expresamente reconocido en las Constituciones de 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863 y 1886. Tal fue un período turbulento de la historia colombiana, marcado por la sucesión de guerras civiles y sus constituciones se caracterizaron por ser imposiciones de vencedores sobre vencidos.

Llaman la atención de manera principal en este período, en primer lugar, la institución del delito de Traición a la Patria en la Constitución de 1832, el cual se encontraba claramente definido en su artículo 8º, con alusión directa al campo político y no al militar, buscando que no se presentaran intromisiones de los militares en la existencia política de la Nación, pues no hace alusión al campo internacional y si establece que la conducta se presenta cuando los militares intentan usurpar el poder político, ello en medio del apogeo de una época de guerras civiles frecuentes, conforme ya se indicó; en segundo lugar, en la Constitución Nacional de 1886, con la cual se cierra dicha época, siendo la última constitución de vencedores sobre vencidos en la historia colombiana, en su Título XVI, compuesto de seis artículos, se definió el ser de las instituciones militares y de manera específica en su artículo 170 el que estableció: *"De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar"*, disposición que se ha mantenido de manera casi idéntica hasta la actualidad.

Hasta antes de la Constitución Política de 1991, La Justicia Penal Militar, se encontraba íntimamente ligada al mando y los Comandantes de Unidades Tácticas y en algunos casos operativos eran jueces de instancia, encontrándose también la institución del Tribunal Militar, cuya función era y es la de ser segunda instancia.

Ya en la Constitución actual se encuentra de manera específica con relación a la administración de justicia y al fuero militar, lo regulado en sus artículos 116 inciso primero, norma reformada por el artículo 1º del Acto Legislativo 3 de 2002 - aunque el inciso en mención no fue objeto de la reforma - y 221, los cuales rezan:

Inciso Primero del Artículo 116 de la Constitución Política de 1991 *“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. **También lo hace la justicia penal militar.**”* (Subrayado y resaltado fuera de texto).^{3.}”

El artículo 221 en su versión original establecía: *“De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en*

³ El artículo 116 original, establecía: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

El artículo 116 modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No 3 de 2002. “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.” Esta redacción es prácticamente idéntica a la del citado artículo 170 de la Constitución Nacional de 1886.

Dicha norma fue modificada por el Acto Legislativo No. 2 de 1995, con la reforma, la norma quedó del siguiente tenor:

“De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.”

Ellos, junto con lo establecido en los artículos 216 a 218⁴ de la Carta Política, son la columna vertebral actual de la Jurisdicción Castrense en Colombia, por cuanto la definición de fuero militar, se encuentra determinada por dos factores, uno subjetivo que es ser miembro de la fuerza pública en servicio activo y otro funcional, relativo a que la

⁴ Los artículos 216 a 218 de la Constitución Política, en su versión actual establecen:

Art. 216 “La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

Art. 217 “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.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

Art. 218 “La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.”

conducta sea relacionada con el mismo servicio, siendo el aludido servicio y la función claramente definidas en las citadas normas⁵.

Fue con la Ley 522 de 1999 – Código Penal Militar anterior -, promulgada en desarrollo de los artículos 216 y 221 Constitucionales, que se rompió con el paradigma de la administración de justicia unida al mando en la jurisdicción castrense⁶.

Con la reforma introducida al artículo 250⁷ de la Constitución Política de Colombia, por el acto legislativo 3 de 2006 y el mandato constitucional

⁵ Ver al respecto los pronunciamientos realizados por la Honorable Corte Constitucional, en sentencias de fecha 5 de agosto de 1997, Magistrado Ponente el Dr. CIFUENTES Muñoz Eduardo, expediente D – 1445 y de fecha 29 de marzo del año 2000, Magistrado Ponente Dr. GAVIRIA Díaz Carlos, expediente C – 368.

⁶ “Art. 214 Ley 522 de 1999. INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL JUZGADOR. <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia> Los miembros de la Fuerza Pública en ningún caso podrán ejercer coetáneamente las funciones de comando con las de investigación, acusación y juzgamiento.”

⁷ Artículo 250, Artículo modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 3 de 2002. “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ~~al solo efecto de determinar su validez.~~

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

de pasar en materia penal ordinaria, del sistema procesal de tendencia inquisitiva al de inclinación acusatoria adversativa, orden del constituyente derivado al que se unió la justicia militar, esta jurisdicción especializada, enfrentó un nuevo desafío, razón por la cual, después de un tortuoso trámite, durante el gobierno de Dr. Álvaro Uribe Vélez, fue sancionada y promulgada en la presidencia del Dr. Juan Manuel Santos Calderón, la Ley 1407 de 2010, vigente a partir del 17 de agosto de 2010⁸.

Sin embargo tal ley no derogó de manera expresa la Ley 522 de 1999 y por otra parte, se encuentra sujeta conforme a lo previsto en sus artículos 627 y 628⁹¹⁰, a un régimen de implementación, que en parte por falta de voluntad política y en otra de recursos, no se ha ejecutado aún¹¹.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluida los que le sean favorables al procesado.

PARÁGRAFO. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo adicionado por el artículo 2º del Acto Legislativo 6 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.”.

⁸ Es importante examinar al respecto, lo dicho por la honorable Corte Constitucional, en Sentencia C-444 del 25 de Mayo de 2011, Magistrado Ponente HENAO Pérez Juan Carlos, en la cual se decidió de manera clara, que la Ley 1407 de 2010, es vigente desde la fecha de su promulgación, es decir a partir del 17 de agosto de 2010.

⁹ Art. 627 Ley 1407 de 2010: “El Ministerio de Defensa Nacional en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más tardar dentro del año siguiente de la promulgación de la presente ley establecerá un plan de implementación del Sistema Acusatorio en la justicia penal militar acorde con el Marco Fiscal de mediano plazo del Sector Defensa y el Marco de Gasto de mediano plazo del mismo sector.”

Art. 628 Ley 1407 de 2010 “DEROGATORIA Y VIGENCIA. La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen.

PARÁGRAFO. El artículo 625 de la presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación”.

¹⁰ Debe observarse frente a lo dispuesto por el artículo 628 de la Ley 1407 de 2010, que el mismo fue declarado parcialmente inexecutable por sentencia C – 444 de mayo de 2011, en el entendido que la mencionada Ley debe tenerse por vigente a partir del 17 de agosto de 2012, fecha de su promulgación y no a partir del 1 de enero de 2010, como rezaba originalmente tal norma.

¹¹ Para implementar la Ley 1407 de 2010, fue expedido el Decreto 2960 del 17 de agosto de 2011, donde se establecieron las fases con tal fin, sin que el mismo se hubiera llevado a ejecución, a la fecha no se ha expedido nuevo decreto de implementación.

Ello ha llevado a los operadores jurídicos a enfrentar grandes problemas de interpretación, que se han hecho extensivos al Tribunal Superior Militar, en el cual se encuentran en la actualidad dos posiciones totalmente antagónicas, sin contar las intermedias, con los consecuentes problemas en lo que atañe al establecimiento de las líneas jurisprudenciales, al precedente vertical para la primera instancia y el horizontal en la segunda, en especial a lo relativo a la vigencia y aplicabilidad de la Ley 1407 de 2010, la primera postura sostenida de manera principal por el señor Magistrado Capitán de Navío ® CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, y la otra por el señor Magistrado TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.

En la primera posición¹², en síntesis, se indica que la Ley 1407 de 2010, por ser un solo plexo normativo, a pesar de estar vigente, no es aplicable por cuanto toda la reforma se encuentra atada al régimen de implementación el cual no ha sido ejecutado o reglamentado, esta tesis es la minoritaria; y en la segunda postura¹³ que es de la mayoría de los magistrados actuales, se argumenta que si bien es cierto la Ley 1407 de 2010 es un solo texto, tiene dos partes independientes y totalmente diferenciables, siendo la primera de carácter sustancial y la segunda procesal, agregando que la inicial, no requiere proceso alguno de implementación, encontrándose no solo totalmente en vigencia, sino que es plenamente aplicable, pues en concepto del aludido Magistrado Ponente, derogó de manera tácita y orgánica en lo que a ello atañe (la parte general y de los delitos en particular), lo regulado por la Ley 522 de 1999, solo encontrándose vigente, pero pendiente de implementar, lo relativo a la parte procesal del nuevo Código, sin que ello obste para

¹² Ver al respecto radicado 157127-7883, M.P. Capitán de Navio ® DULCE Pereira Carlos Alberto, Caso Soldado BAUTISTA López Jordán G. Deserción 4 de Noviembre de 2011.

¹³ Ver con relación a ello radicado 157351-6910 XIII – 536 – 024 EJC, MP. Teniente Coronel ARAQUE Vargas Fabio Enrique, Caso Soldado VILLERO Cadena Luis Manuel.

que aquellas instituciones procesales, con incidencia sustancial tengan plena aplicación en todo lo que no vaya en contravía o desarticule el sistema procesal previsto en la citada Ley 522 de 1999 y resulte favorable al procesado, lo anterior se reitera, mientras se implementa la parte procesal de la aludida Ley 1407 de 2010.

Así las cosas se tiene que la Justicia Penal Militar en la actualidad, se encuentra en un terreno en el cual, conforme a la posición mayoritaria del Tribunal Superior Militar, están vigentes y en aplicación las partes general y de los delitos de la Ley 1407 de 2010, diseñadas para un procedimiento de corte acusatorio, adversativo y público, en que se prevén beneficios y rebajas ostensibles por confesión y aceptación de cargos, junto con el sistema procesal de la Ley 522 de 1999, que es de corte inquisitivo, escrito y sumarial, ante lo cual, se reitera, el hecho de la no implementación de la parte procesal del nuevo código, pues para ello se requiere la expedición de la reglamentación correspondiente, lo que ya se intentó con el citado Decreto 2960 del 17 de agosto de 2011, el que no se ejecutó y preveía el inicio del sistema a partir del 1 de enero de 2012.

Problemática de la correcta aplicación de la Justicia Penal Militar en Colombia.

Teniendo en cuenta lo hasta ahora estudiado, no se puede negar que la Justicia Penal Militar, nació y ha evolucionado conforme los cambios estructurales en las Constituciones colombianas; sin embargo, el nacimiento de la actual problemática en designación de delitos para conocimiento de los Jueces Penales Militares, se ha debido en primera instancia, a las revelaciones escandalosas que se presentaron por personal del ejército colombiano a finales del año 2008, en el que se

indicaban los asesinatos de civiles inocentes con el fin de hacerlos pasar por muertos en combate dentro del marco del conflicto armado, cuyo objetivo era el de presentar dichos homicidios como resultados en el combate, ejemplo de ello: la desaparición de 19 jóvenes en Soacha y ciudad Bolívar, que aparecieron después como bajas del ejército en Norte de Santander, lo que ocasionó sin duda alguna que empezaran a tejerse una serie de normas con el fin de evitar abusos y colocar límites a la Justicia Penal Militar, que más de tipo jurídico empezaron a obedecer a intereses sociales, políticos, suscitados en la falta de credibilidad.

Es por ello, que con el advenimiento al mundo jurídico de la Ley 1407 de 2010, esta trajo nuevos límites legales al fuero penal militar de raigambre constitucional, en aplicación y desarrollo de diversas sentencias de constitucionalidad previas, proferidas por la Honorable Corte Constitucional¹⁴, es así que en su artículo 3^o¹⁵ dispone:

“DELITOS NO RELACIONADOS CON EL SERVICIO. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean

¹⁴ Ver al respecto sentencias: C-469 del 15 de Julio 2009, Magistrado Ponente PALACIO Palacio Jorge Iván, C-533 del 28 de Mayo de 2008, Magistrada Ponente VARGAS Hernández Clara Inés, C- 878 del 12 de julio de 2000, Magistrado Ponente BELTRÁN Sierra Alfredo y C-368 del 29 de Marzo de 2000, Magistrado Ponente GAVIRIA Díaz Carlos.

¹⁵ ARTÍCULO 3o. Ley 522 de 1999. DELITOS NO RELACIONADOS CON EL SERVICIO. <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia> <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.”.

En concepto de los autores de este escrito, la redacción del citado artículo 3º de la Ley 1407 de 2010 es desafortunada y en vez de haber contribuido a la solución de los conflictos de jurisdicción entre la ordinaria y la penal militar los ha agravado, en primer lugar por su errónea y anti técnica estructura y la confusión de términos que en ella se hacen patentes, a lo que se suma, en segundo término, que su aplicación indebida ha llevado a que muchos asuntos que deberían ser del resorte de la Justicia Penal Militar, hayan sido asignados a la Penal Ordinaria.¹⁶

En efecto, parte de establecer que se encuentran excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar, los punibles de genocidio, tortura y desaparición forzada, agregando que tampoco lo serán los de lesa humanidad y aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario; frente a ello se realizan los siguientes reparos: en primer lugar, se confunden tipologías pues indudablemente, el crimen de desaparición forzada es de lesa humanidad¹⁷, por ende, al tratar de dársele índole diferente, se mezclan especies con géneros, donde

¹⁶ Providencias emitidas por el H. Consejo Superior de la Judicatura en sendos procesos en los que se solicitaba se dirimiera la colisión de competencias entre la Justicia Penal Militar (Juzgado 15 de Brigadas y la Jurisdicción Ordinaria) con radicado 1100 101 02 000 20120029600 en el que obró como Magistrado Ponente el Dr. Henry Villarraga Oliveros en providencia de fecha 15 de Noviembre de 2012 con radicado 1100 100 2000-2012 02160 00 dirime conflicto de competencias entre el Juzgado 8º Penal Militar de Medellín y el Juzgado 21 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías concediendo competencia positiva a la Justicia Penal Militar, acogiendo jurisprudencia del Magistrado Camilo Suarez del Tribunal Penal Militar en la cuales se reconoce que la Justicia Ordinaria ha conocido casos que debería haber conocido la Justicia Penal Militar; fallo que se encuentra en notificaciones pero emerge como una luz en este túnel de oscuridad e ignominia. Jurisprudencia que se encuentra en proceso de notificación a las partes.

¹⁷ Ver al respecto por ejemplo artículo 7º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, entrada en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978, en virtud de la Ley 16 de 1972 y el Artículo 7º numeral 1, literal i) del Estatuto de Roma, entrado en vigor para Colombia el 1 de noviembre de 2002, mediante la Ley 742 de 2002.

hubiera bastado, solo determinar que dicha clase de crímenes contra la humanidad, por el efecto devastador que causan sobre la sociedad y la comunidad internacional, no podrían ser de conocimiento de los tribunales castrenses. Del mismo modo se pierde de vista, que la tortura, puede ser tanto crimen de guerra¹⁸ como de lesa humanidad¹⁹, por consiguiente, su comisión, teniendo en cuenta el contexto en que sucedan los hechos, atentaría contra el Derecho Internacional Humanitario o los Derechos Humanos, observándose frente al primero de los citados marcos normativos, que la tortura, es grave infracción al Derecho Internacional Humanitario y que en consecuencia, tiene la categoría de crimen de guerra^{20,21}. Lo propio sucede con relación al punible internacional de genocidio, cuyo origen se remonta a la segunda postguerra mundial y que por su especial entidad y por las huellas imborrables que dejó en la memoria y en la conciencia internacionales y ante el hecho de ser factible su comisión, tanto en conflicto armado como en tiempo de “normalidad”, es desviación punible independiente con regulación propia y especial²². Es decir, en el afán de determinar tipologías excluidas del conocimiento de la Justicia Especializada Militar, se redunda y se genera confusión.

Frente a los delitos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario, no puede olvidarse, que en los cuatro convenios de

¹⁸ Con relación a ello observar el Artículo 8º numeral 2º literal a) subnumeral ii) y literal c) subnumeral i), del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

¹⁹ Up supra Artículo 7º numeral 1º literal f).

²⁰ Al respecto en el literal a) del numeral 2., del artículo 8º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se establece que: “Artículo 8º.- Crímenes de Guerra (...) 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “Crimen de Guerra”: a) infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente (...)”.

²¹ En el artículo 85 numeral 5º del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, se establece: “5. Sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra.”.

²² El artículo 6º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, tipifica y señala las conductas consideradas como genocidio a nivel internacional.

Ginebra de 1949, en sus dos protocolos adicionales de 1977 y en el desarrollo del derecho consuetudinario²³, se señalan como tales las denominadas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, lo que se refleja con meridiana propiedad en el artículo 8º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, motivo por el cual, hubiera sido suficiente indicar que tales delitos no serían de conocimiento de la Justicia Penal Militar, pues todas las citadas fuentes del Derecho Internacional, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, conforme lo ha indicado la Honorable Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia e ingresan al ordenamiento interno por vía de la cláusula de recepción prevista en el numeral segundo del artículo 214 constitucional²⁴.

Si embargo por lo desafortunado de la redacción, entendemos que cualquier conducta violatoria al Derecho Internacional Humanitario, per se, no es de conocimiento de la justicia penal militar, cuando ello en realidad no es así, ni a nivel internacional en los ejércitos que se mantienen en constante conflicto, ni interno, resultando en un contrasentido tal que pone en manos de jueces no concedores de los procedimientos y operaciones policiales y militares, que no han tenido contacto con los cuarteles y que no conocen nada de la vida militar o policial asuntos de suma complejidad, que requieren una comprensión clara y detallada de tales asuntos y que por dicho motivo, no pueden diferenciar, cuando se incurre y cuando no en esas desviaciones típicas.

²³ En la norma 156 de la obra "Estudio del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario", realizado por el CICR, se indica que es norma generalmente aceptada como obligatoria que toda infracción grave a los Convenios de Ginebra o a sus Protocolos Adicionales, es crimen de guerra. Fuente http://www.cicr.org/spa/resources/documents/publication/p_t2009106.htm.

²⁴ ARTICULO 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...)

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

Finalmente frente a las críticas al artículo tercero de la Ley 1407 de 2010 al indicarse en este que no serán de conocimiento de la justicia penal militar: *"...las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio."*, dejan al Juez un marco de discrecionalidad bastante amplio, que puede llevar a la toma de determinaciones equivocadas.

En efecto, en la comisión de cualquier tipo de punible, por parte de un militar o policial, sea este de conocimiento de la Justicia Penal Militar o de la Jurisdicción Penal Ordinaria, lo que hay en el trasfondo es el desarrollo por parte del sujeto activo de la acción, de una actividad contraria a la función militar o policial que le es propia, pues su deber es actuar conforme a la constitución, la ley y los reglamentos y no vulnerarlos, quedándole al Juez el evaluar, bajo su buen criterio, si dicha conducta rompe el nexo funcional del agente con el servicio, motivo por el que incluso en una muerte o heridas en combate, conductas que en principio, conforme a lo claramente enseñado por la Honorable Corte Constitucional son atípicas²⁵, y que por ser actuaciones desarrolladas por una autoridad pública deben presumirse ajustadas a la constitución y a la ley, en cuyo devenir causal, se hubieren desbordado los límites de la función, podría llegarse a determinar, que ellas no son de conocimiento de la justicia penal militar, vaciando por esta vía el fuero constitucional y dejándolo en la práctica sin ningún valor, pues se presumen como homicidios o lesiones en persona protegida, lo que son simplemente homicidios o lesiones cometidos bajo convicción errada e invencible de estar actuando conforme a la Ley o con excesos en

²⁵ Sentencia C- 177 de 2001, Expediente D-3120, Febrero 14 de 2001, Corte Constitucional, MP. Dr. FABIO MORON DIAZ.

causales de justificación o inculpabilidad, circunstancias que harían indudablemente que el conocimiento de los hechos fuera de la Penal Militar y no de la Penal Ordinaria.

En reacción a ello actualmente se está proyectando una reforma de fondo a la definición del Fuero Penal Militar²⁶, con el fin de dar contenido, alcance y límites de manera principal a la expresión, “...y en relación con el servicio ...”, elemento funcional de la definición del citado aforamiento, la cual ha generado amplia controversia, por las diversas interpretaciones que de tal ingrediente de la referida garantía y necesidad constitucionales han realizado la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, hecho que ha creado inseguridad jurídica y desmoralización en las tropas, ante la situación de conflicto armado no internacional que atraviesa Colombia en la actualidad, pues ello ha conducido a que hechos que debieron ser investigados y juzgados por la justicia castrense, hayan sido tramitados por la justicia ordinaria, cuyos operadores jurídicos, por sus habituales ocupaciones y carencia de formación en temas de Derechos Humanos, Internacional Humanitario, Militar y Policial, desconocen por regla general el medio y las especiales regulaciones y condiciones de las operaciones y la aplicación correcta de las mencionadas normas, en sus ámbitos personal y material, razón por la cual se encuentra en planes del gobierno la presentación de un proyecto de acto legislativo, que modificaría de manera principal los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia, siendo el último intento para ello, el Acto Legislativo 192 de 2012, que fue retirado en la anterior legislatura y hasta el momento no ha sido nuevamente presentado en la iniciada el 20 de julio de 2012.

²⁶ Proyecto de Acto Legislativo No. 192 de 2012 Cámara de Representantes, con el cual se pretendía reformar los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia, el cual fue retirado.

Con tal acto legislativo, se pretendía crear en primer lugar, un Tribunal de Garantías Penales, que tendría competencia sobre todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción, cuyas principales funciones serían ser juez de control de garantías y controlar la acusación penal verificando que se cumplan los presupuestos formales y materiales para la iniciación del juicio oral. Los magistrados que integrarían dicho tribunal deberán reunir los mismos requisitos que para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia y podrán ser militares en uso de buen retiro.

Otro punto central de la reforma es el establecer que lo atiente al juzgamiento de militares en cualquier jurisdicción, sería materia de ley estatutaria. La parte final de la reforma, busca señalar de manera expresa, que punibles no serían de conocimiento de la justicia penal militar, indicándose que los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la desaparición forzada, la tortura, la ejecución extrajudicial, el desplazamiento forzado, la violación y los abusos sexuales, los actos de terror contra la población civil y el reclutamiento forzado, no serían investigados, ni juzgados en tribunales militares, agregando que las demás violaciones al Derecho Internacional Humanitario, serían de conocimiento exclusivo de la Justicia Castrense, punto en el cual se augura se encontrará gran resistencia, pues dentro de los delitos enlistados de manera taxativa, no se encuentra por ejemplo el homicidio en persona protegida, hallándose la razón de ello, en el hecho de la aplicación equivocada que tal tipo penal ha encontrado en la justicia ordinaria, al no poder distinguir los operadores judiciales de tal especialidad, de manera clara, cuando se encuentran frente a tal conducta, por la situación de contexto que en ella debe probarse de forma contundente dentro de la investigación y cuando se está frente a

un homicidio agravado en la órbita de los Derechos Humanos, pues no puede olvidarse que en Colombia, no existe la desviación punible de ejecución extrajudicial²⁷, por cuanto sencillamente la pena de muerte se encuentra constitucionalmente prohibida²⁸ y tal ejecución se configura cuando a una persona se le condena a morir, sin observar las formas propias de un juicio rodeado de las debidas garantías penales, en un país donde la pena capital es permitida.

Ahondando ahora sobre el tema de la incorrecta apreciación del marco jurídico dentro del cual debe ser valorada una conducta, con el fin de podersele dar el matiz de punible, es preciso indicar que en Colombia, por la situación de conflicto armado no internacional, el operador penal al enfrentarse a acciones u omisiones desplegadas por militares o policiales, debe estar en la capacidad de determinar, cuando el marco jurídico es el Derecho Internacional Humanitario o cuando lo es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y cómo tales normas, que hacen parte de la legislación colombiana por bloque de constitucionalidad en sentido estricto²⁹, deben ser apreciadas, en el proceso penal, siendo su obligación conocer, la categoría que la misma constitución les da, observando lo regulado claramente en las cláusulas de recepción del derecho internacional.

En efecto, una misma situación fáctica, si es apreciada bajo un marco normativo equivocado, puede conllevar a funestas decisiones judiciales en contra de militares y policías que todos los días arriesgan su vida, en

²⁷ Ver al respecto artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁸ Artículo 11 de la Constitución Política de Colombia." El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte."

²⁹ En lo que atañe a los Derechos Humanos Artículos 93 y 94 de la Constitución Política, en lo que respecta al Derecho Internacional Humanitario Artículo 214 numeral 2º.

cumplimiento de las misiones constitucionales y legales a ellos asignadas en los artículos 216 a 218 de la Constitución.

Es preciso hacer énfasis en que el uso permitido de la fuerza, bajo el marco normativo de los Derechos Humanos, el cual aunque es aplicable en todo tiempo y en todo lugar, es diseñado para situaciones de normalidad, es totalmente diferente al del Derecho Internacional Humanitario, que encuentra su aplicación especial, en el contexto de los conflictos armados, sean estos de índole internacional³⁰ o no internacional³¹, es decir, en especiales situaciones de violencia, que en el caso del no internacional, superan los simples disturbios, las tensiones internas o los actos esporádicos de valga la redundancia, violencia³², en otras palabras, normas que están creadas y cuya aplicación es la adecuada, para situaciones de extrema "anormalidad".

En efecto, el uso de la fuerza letal en el marco de los Derechos Humanos, es el último recurso, al cual por regla general, solo se puede acudir bajo el amparo de causales eximentes de responsabilidad como lo son la legítima defensa propia o de terceros o un estado de necesidad y de una manera más restringida y menos aceptada en eventos del estricto cumplimiento de un deber legal, por otra parte en situaciones de Derecho Internacional Humanitario, el uso de la fuerza letal, puede ser el primer recurso, cuya utilización, solo encuentra límites, en la

³⁰ Ver al respecto artículo 2º Común a los Convenios de Ginebra de 1949.

³¹ Ver al respecto artículo 3º Común a los Convenios de Ginebra de 1949 y Artículo 1º del Protocolo II Adicional a los citados convenios.

³² "El DIH está diseñado para regular exclusivamente situaciones de conflicto armado. El marco jurídico en materia de DIH, ya sea convencional o consuetudinario, hace referencia en primer lugar a los conflictos armados que tienen carácter internacional. De igual forma, ciertas normas que integran este régimen jurídico serán aplicables a las situaciones de violencia interna que se puedan caracterizar como conflictos armados internos. Por eso el DIH es un derecho de excepción, para situaciones de anormalidad que vayan más allá de los meros disturbios o tensiones internas." – Obra "Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario." Tomo II, Vicepresidencia de la República de Colombia y Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. Págs. 138 y 139. Autores MEJIA Azuero JEAN CARLO, VARCARCEL Torres Juan y CÁRDENAS Miserque Adriana.

aplicación de los principios de humanidad, proporcionalidad (entre resultado y ventaja militar), distinción (entre combatientes y no combatientes, bienes civiles y objetivos militares) y necesidad militar, junto con la observancia de los medios y métodos permitidos para ser utilizados en el desarrollo del conflicto.

Así las cosas, maniobras militares totalmente válidas en el marco del Derecho Internacional Humanitario y el operacional, como lo son las emboscadas, el uso de tiradores de precisión y en general todo el desarrollo de la sorpresa militar, como lo pueden ser ardidés y estratagemas³³, las cuales son utilizadas por todos los ejércitos del mundo, por cuanto son parte integrante de la doctrina militar, si son valoradas a la luz de las normas de derechos humanos, pueden llevar a que quienes las ejecutan, sean juzgados y condenados como bárbaros u homicidas.

De allí la importancia que los hechos sean investigados y juzgados por operadores judiciales especializados, que conozcan los medios militares y policiales, que puedan definir de manera clara cuando una operación se planeo y ejecutó en uno u otro marco normativo, sin olvidar que por la realidad en que se vive en Colombia y por el principio de flexibilidad de las operaciones³⁴ una que en su génesis fue concebida en el marco de los Derechos Humanos, es factible que mute en cualquier momento para convertirse en una de Derecho Internacional Humanitario o viceversa, así por ejemplo, un simple control vial, que en términos generales se planea y ejecuta en el ámbito de los citados Derechos

³³ Tales maniobras son diferentes a la Perfidia, la cual se define de manera clara en el sub numeral vii), literal b), del numeral 2., del artículo 8º del Estatuto de Roma, norma que indica: "(vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves; (...)"

³⁴ Se indica como el uso de la fuerza en última opción, y que por ocasión de las circunstancias y cambios operacionales, debe ser utilizada como primera opción.

Humanos, ante la existencia de un ataque sorpresivo o presencia inminente de integrantes de un grupo armado, con la capacidad para desplegar acciones en el contexto del artículo 3º Común a los Convenios de Ginebra de 1949 o al del artículo 1º del Protocolo II Adicional a dichos convenios, puede convertirse, sin planeamiento previo, debido a la premura en el desarrollo de los acontecimientos y a decisiones que deben tomarse en segundos o aún en menos tiempo, en una operación en el marco del conflicto armado, regulada por las normas del Derecho Internacional Humanitario.

No puede olvidarse frente a ello, que las citadas normas, regulan situaciones de hecho y que si en un momento determinado, la fuerza de los acontecimientos llevan a que se reúnan las condiciones de los citados artículo 3º Común a los Convenios de Ginebra de 1949 o del artículo 1º del Protocolo II Adicional a dichos Convenios, tales hechos deben ser valorados a la luz del Derecho Internacional Humanitario, que para ello es *Lex Specialis* y por ende, cualquier aplicación de normas de los Derechos Humanos, debe hacerse bajo la óptica, valga la redundancia del DIH.

Por otra parte, resulta absolutamente necesario que la investigación y juzgamiento de conductas realizadas por militares y policiales en el marco normativo de los Derechos Humanos, sean realizados por jueces que tengan gran conocimiento de dichos medios y que así mismo, tengan en claro la real dimensión del fuero militar, pues el mismo, no se limita a las misiones taxativamente señaladas en los artículos 217 y 218 Constitucionales, sino a todas aquellas de carácter legal o reglamentario y aún a todas las que se ejecutan en el normal devenir de una fuerza armada y sin las cuales, no podría concebirse un adecuado funcionamiento de las mismas, pues las labores, no se circunscriben

únicamente a las directamente relacionadas con el mantenimiento de la soberanía o a la preservación de la integridad del territorio nacional o la independencia o el orden constitucional o el del mantenimiento de las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y libertades públicas y vivir en paz, sino que toda fuerza armada, requiere, para su correcto accionar, desde su dotación hasta su alimentación, desde su salud hasta su formación, labores que son encomendadas a militares y policiales que realizan la parte logística, sin la cual no puede concebirse, ni puede operar ninguna fuerza armada y que por lo tanto, cualquier acción punible en que pudieran incurrir en el desarrollo de tales quehaceres, también deben ser del resorte exclusivo de la justicia penal militar.

En efecto bajo dicho contexto de derechos humanos, es decir, de normalidad, conductas como peculado, cohecho, concusión, celebración indebidas de contratos, falsedades y otras desviaciones punibles similares³⁵, siempre que sean desarrolladas por militares o policiales en servicio activo y que tengan relación con el servicio deberían y deben ser de conocimiento de la Justicia Penal Militar, pues un Juez de tal especialidad, tendrá la capacidad de valorar la obediencia (tanto debida como reflexiva), el poder coercitivo de una orden y otras circunstancias como atenuantes o eximentes de responsabilidad, que no serían objeto de valoración en los juicios penales ordinarios, junto con especiales condiciones de agravación, debido a la entidad y especialidad de los bienes jurídicos en juego, como lo son el servicio, la disciplina o el honor militares, pilares de toda institución militar, que no son fácilmente

³⁵ (Rad. 154673, 25 de enero de 2008, MP. TC. Ismael Enrique López Criollo, Sala Primera. COHECHO, (Rad. 153852, 16 de marzo de 2007, MP. TC. Tulia Clemencia González Pérez, Sala Segunda de decisión). DEL INJUSTO DE FALSEDAD, Configuración. (Rad. 148845, 20 de mayo de 2008, MP. CR.(R) Lucy Eugenia Restrepo De Vargas, Sala Segunda de decisión). FALSEDAD DOCUMENTAL

comprensibles por quien no pertenece a la profesión de las armas, tal y como se describe en (Artículo 171 de la ley 1407 de 2010).

No debe pasarse por alto que es garantía del debido proceso, que quien sea juzgado, los sea por un Juez competente, es decir, por uno que haya sido instituido por la Ley antes de la comisión del hecho punible que se le imputa, ello es lo que se conoce como el Juez Natural³⁶, añadiéndose que de no respetarse dicha garantía, sería tal inobservancia causal de nulidad insubsanable de la acción penal^{37 38 39}
40

CONCLUSIONES.

Conforme a lo anteriormente indicado es preciso hacer notar, que errores en la atribución de la competencia para investigar y juzgar la comisión de posibles punibles, pueden llevar a que se configure la causal

³⁶ ARTICULO 29 Constitución Política. “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, **ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.** (Subrayado y resaltado fuera de texto).

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

³⁷ ARTÍCULO 388, LEY 522 DE 1999 CAUSALES DE NULIDAD. “<Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia> Son causales de nulidad en el proceso penal militar:

1. La falta de competencia del juez o del Fiscal durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial. (...)”

³⁸ ARTÍCULO 596 Ley 1407 de 2010. “Son causales de nulidad en el proceso penal militar, las siguientes:

1. La falta de competencia del juez. (...)”

³⁹ ARTÍCULO 456 Ley 906 de 2004. NULIDAD POR INCOMPETENCIA DEL JUEZ. “Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializados.”

⁴⁰ ARTICULO 306 Ley 600 de 2000. CAUSALES DE NULIDAD. “<Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Son causales de nulidad:

1. La falta de competencia del funcionario judicial.

Durante la investigación no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial.(...)”.

de nulidad antes aludida, esto es por la violación al principio de Legalidad que no es otro que la obediencia al sometimiento de la ley y no de la voluntad del hombre; y al principio jurídico procesal del Debido Proceso, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al “Juez Natural”, los cuales son de raigambre constitucional y que tiene la fuerza suficiente para llevar al traste toda la actuación penal que se haya surtido hasta el momento en que sea declarada y que debe ser reconocida por el Juez que tenga conocimiento del caso, sea cual fuere la etapa en que se encontrare, así ello fuera a nivel ya de casación o de revisión de la sentencia.

Así las cosas se tendría que contra los militares y policías que enfrentan juicios penales por las actuaciones por ellos desarrolladas en relación al mismo servicio, es decir, en el ejercicio de sus misiones constitucionales, legales y reglamentarias, se esgrimiría otra espada de Damocles, cual es, que en cualquier etapa de una actuación, cuando se considerare, ya fuera por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo Superior de la Judicatura, que quien estuviere adelantando el Juzgamiento no es el competente, ello derivare en la declaratoria de la nulidad absoluta de la actuación surtida y con ello, por una parte, a qué el sujeto pasivo de la acción penal se mantuviera sub – judice, sin pasar por alto, el derecho de las factibles víctimas, a la verdad, justicia y reparación, vulnerándose de paso los estándares internacionales sobre el plazo razonable para la decisión de un caso penal, garantía que cobija tanto a las víctimas como al investigado o enjuiciado, lo que podría

llevar al Estado Colombiano a enfrentar responsabilidad internacional por denegación de justicia ante cortes de Derechos Humanos⁴¹.

En síntesis, la Justicia Penal Militar se encuentra en un panorama actual en el cual no está en total aplicabilidad el nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, se emplean aspectos sustanciales y tipos penales de tal norma, bajo un esquema procesal totalmente extraño a ellas – el de la Ley 522 de 1999 – y se enfrenta a un cambio sustancial en la definición del Fuero Militar, por reforma constitucional, sin que se hayan solucionado los problemas de implementación del Código, todo ello acarrea inseguridad jurídica, desorientación y desconcierto en los operadores judiciales, que se ve reflejada en el actuar de las unidades en los campos y ciudades, finalmente generando en la población sentimientos de zozobra y falta de seguridad, por ello se requiere voluntad política y recursos, pues esta Justicia Especializada es pilar fundamental, del cual dependen el mantenimiento de la disciplina, el servicio y el honor militares, pilares fundamentales sobre los que se estructura toda fuerza armada y sin los cuales no puede concebirse la existencia de un ejército, ya sea este de tierra, aire o mar.

Motivo por el cual los suscritos autores del trabajo sugerimos que el artículo 3º de la ley 1407, quede redactado de la siguiente manera: “Todos los crímenes propios del Derecho Internacional Humanitario deben ser conocidos por la Justicia Penal Militar, así como todos los delitos de estirpe típicamente militar, pues su función por antonomasia es prepararse para la guerra, se exceptuará de su conocimiento el genocidio, los crímenes por graves violaciones a los Derechos Humanos, los Crímenes de lesa humanidad, los de desaparición forzosa”.

⁴¹ Ver al respecto los deberes de abstención – respeto, garantía y de adoptar disposiciones de derecho interno, consagradas en los artículos 1º y 2º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y los artículos 8º garantías judiciales y 10º Derecho a la Indemnización, de la citada convención.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Compilación de Instrumentos Internacionales, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Séptima Edición Actualizada, junio de 2007, ISBN: 978-958-98051-1-4.

2.- Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, Tomo I, Vicepresidencia de la República de Colombia y Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Bogotá Febrero de 2009. Autores FORERO Ramírez Juan Carlos, SÁNCHEZ Raúl Eduardo, MATEUS Rugeles Andrea, PALACIOS Sanabria María Teresa y VANEGAS Moyano Mauricio.

3.- Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, Tomo II, Vicepresidencia de la República de Colombia y Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Bogotá Enero de 2010. Autores QUINCHE Víctor, VARÓN Mejía Antonio, MEJÍA Azuero Jean Carlo, VARCARCEL Torres Juan, CÁRDENAS Miserque Adriana, MEJÍA Ossman Jaime, COTE Gustavo.

4.- Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho

Internacional Humanitario, Tomo III, Vicepresidencia de la República de Colombia y Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Bogotá Marzo de 2010. Autores SÁNCHEZ Raúl Eduardo, CÁRDENAS Miserque Adriana, MEJÍA Ossman Jaime, CHAIB DE MARES Kelly, FORERO Ramírez Juan Carlos, PÉREZ Soraya, QUINCHE Ramírez Víctor, VANEGAS Moyano Mauricio, VARÓN Mejía Antonio.

5.- Estudio del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja – CICR. Fuente http://www.cicr.org/spa/resources/documents/publication/p_t2009106.htm.

6.- Revista CREDENCIAL HISTÓRIA, Bogotá Colombia, Edición 152, Agosto de 2002, VALENCIA Tovar Álvaro, artículo “FUERO MILITAR Y JUSTICIA PENAL MILITAR – Una Tradición Histórica de la Jurisprudencia Colombiana”.
<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/agosto2002/fuero.htm>.

7.- Sentencias de fecha 5 de agosto de 1997, Magistrado Ponente el Dr. CIFUENTES Muñoz Eduardo, expediente D – 1445 y de fecha 29 de marzo del año 2000, Magistrado Ponente Dr. GAVIRIA Díaz Carlos, expediente C – 368.

8.- Sentencia C-444 del 25 de Mayo de 2011, Magistrado Ponente HENAO Pérez Juan Carlos, en la cual se decidió de manera clara, que la Ley 1407 de 2010, es vigente desde la fecha de su promulgación, es decir a partir del 17 de agosto de 2010

9.- Radicado 157127-7883, M.P. Capitán de Navío ® DULCE Pereira Carlos Alberto, Caso Soldado BAUTISTA López Jordán G. Deserción 4 de Noviembre de 2011.

10.- Radicado 157351-6910 XIII – 536 – 024 EJC, MP. Teniente Coronel ARAQUE Vargas Fabio Enrique, Caso Soldado VILLERO Cadena Luis Manuel

11.- Obra “Formación Especializada en Investigación, Juzgamiento y Sanción de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario.” Tomo II, Vicepresidencia de la República de Colombia y Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. Págs. 138 y 139. Autores MEJIA Azuero JEAN CARLO, VARCARCEL Torres Juan y CÁRDENAS Miserque Adriana.

12.- Proyecto de Acto Legislativo No. 192 de 2012 Cámara de Representantes, con el cual se pretendía reformar los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia, el cual fue retirado.

13.- ARTÍCULO 3o. Ley 522 de 1999. DELITOS NO RELACIONADOS CON EL SERVICIO. <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia>

14.- Artículos 93 y 94 de la Constitución Política, en lo que respecta al Derecho Internacional Humanitario Artículo 214 numeral 2°.

15.- Artículo 2° Común a los Convenios de Ginebra de 1949.

16.- Artículo 3° Común a los Convenios de Ginebra de 1949 y Artículo 1° del Protocolo II Adicional a los citados convenios.

17.- ARTÍCULO 388, LEY 522 DE 1999 CAUSALES DE NULIDAD. "<Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia> Son causales de nulidad en el proceso penal militar.

18.- ARTÍCULO 596 Ley 1407 de 2010. "... La falta de competencia del juez. (...)"

19.- ARTÍCULO 456 Ley 906 de 2004. NULIDAD POR INCOMPETENCIA DEL JUEZ.

20.- ARTICULO 306 Ley 600 de 2000. CAUSALES DE NULIDAD.

21.- Sentencia C-444 del 25 de Mayo de 2011, Magistrado Ponente HENAO Pérez Juan Carlos, en la cual se decidió de manera clara, que la Ley 1407 de 2010, es vigente desde la fecha de su promulgación, es decir a partir del 17 de agosto de 2010.

22.- ARTICULO 29 Constitución Política. "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.