

**JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA EL JUZGAMIENTO DEL DAÑO  
COLATERAL O INCIDENTAL, EN LAS OPERACIONES MILITARES**

1

**LUIS FELIPE MOLANO DÍAZ**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
ESPECIALIZACION EN PROCEDIMIENTO PENAL, CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA  
MILITAR  
BOGOTA  
2016**

# JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA EL JUZGAMIENTO DEL DAÑO COLATERAL O INCIDENTAL, EN LAS OPERACIONES MILITARES.

2

Luis Felipe Molano Díaz<sup>1</sup>

¿Cuál es la Autoridad jurisdiccional competente, y cuál ha sido el criterio Jurisdiccional establecido, para conocer los casos de daño colateral o incidental, en el marco del desarrollo de operaciones Militares?

## Resumen

En las dos últimas décadas, ha venido trascendiendo, la colisión de Competencia, ante Consejo Superior de la judicatura; entre la Justicia Ordinaria y la Justicia penal militar, para llevar a los estrados judiciales Ordinarios; a los miembros de las FFMM, por presuntos hechos punibles, sucedidos dentro del servicio, y en cumplimiento del deber constitucional y la Ley. Por consiguiente se efectuará un análisis de la justicia penal Militar, en la actualidad y los diferentes cambios Jurisprudenciales; que se han venido dando, para dilucidar en parte la problemática, que se presenta; entre las dos jurisdicciones (Jurisdicción Ordinaria y Penal Militar); siendo necesario, hacer una investigación, utilizando una metodología deductiva e interpretativa del Derecho, guiada mediante un análisis Jurisprudencial. Y así, poder obtener un resultado más objetivo, presentando una recomendación acertada y más cercana a la realidad; ofreciendo una posible solución a las necesidades, resultante de las dificultades, que se presentan en la actualidad; instituciones judiciales, sobre los posibles errores que se están cometiendo, las cuales afectan el entorno y la seguridad.

## Abstract

In the last two decades, there has been widespread, the collision of Competition, before Superior Council of the Judiciary; between the ordinary courts and the military criminal justice, to bring the ordinaries courtrooms; members of the armed forces for

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad La Gran Colombia, Contaduría General de la Academia Comercial Anglo Hispano, Especialista en Ciencia Militares, Profesor Universitario. lumodi6@hotmail.com

alleged punishable occurred within the service, and in compliance with the constitutional duty and the law.

3

Because of this, an analysis of criminal justice Military, today and different jurisprudence changes will be made; that have been taking place, partly to elucidate the problem, which occurs; between the two jurisdictions (Ordinary and Military Criminal Jurisdiction); being necessary, do research, using a deductive and interpretive methodology of law, guided by a jurisprudential analysis. Thus, to obtain a more objective result to present an accurate and closer to reality recommendation; providing a possible solution to the needs resulting from the difficulties presented today; judicial institutions, on possible errors being committed, which affect the environment and public safety.

### **Palabras Clave**

Daño Colateral, Incidental, Operaciones Militares, JPM., Justicia Ordinaria, Jurisprudencia, DDHH, DIH.

### **Abstract**

Collateral damage, incidental, Military Operations, JPM, Ordinary Justice, Jurisprudence, DDHH. DIH.

### **Introducción**

A raíz del conflicto interno del país, se viene presentando constantemente. la colisión de competencia; entre la Justicia Ordinaria y la Justicia penal Militar; teniendo que intervenir, el consejo Superior de la Judicatura; para determinar, quién debe llevar los procesos judiciales, por casos en desarrollo de Operaciones Militares, en cumplimiento del deber constitucional.

Durante el desarrollo de la presente investigación, tienen como objetivo principal, determinar quién debe juzgar, a los miembros de las FFMM en cumplimiento de operaciones; cuando se presentan daños colaterales o incidentales; adquiriendo una relevancia, por ser un campo donde la seguridad se afecta. El presente trabajo se llevará a cabo, siguiendo una estructura cronológica, partiendo desde los antecedentes

históricos; hasta las últimas decisiones tomadas, con base a lo establecido por la constitución y la Ley.

4

### **Historia de la Justicia Penal Militar**

La historia de la Justicia Penal Militar, para el caso colombiano; data de la Época de la América Hispana, con la llegada de los españoles (1492); quienes incorporaron a la Justicia Penal Militar, las Leyes de Indias; dándole una aplicación, como se hacía en España. Es así, que para la época de la Colonia ya se contaba, con atribuciones de juzgamientos, desde los grados de Capitán hasta los Generales; llevados a cabo en las reales Audiencias (El más alto tribunal de la época), los Cabildos y los Alcaldes. Para la época de la Independencia, se continuó con la aplicación y el cumplimiento de las normas Jurídicas establecidas; plasmada la normatividad, en la constitución de 1812, donde se reglamenta los tribunales supremos de Guerra.

Con la llegada del Teniente Coronel Pablo Morillo (1814), a cumplir la reconquista Española; éste, empleó medidas tiránicas, instaurando los consejos de Guerra permanente; los cuales tenían como objetivo primordial, ser aplicados a todo aquel, que se opusiera a la reconquista de la Nueva Granada. Para 1824, con la Ley 2º, le dio vida a los consejos de guerra, la Corte Suprema de Bogotá, los tribunales del magdalena y del cauca; quienes conocerían de todos los procesos en segunda instancia. Ya para 1829, el gobierno establece que los auditores de Guerra, debían conocer los procesos, que se llevaban en contra de los Militares.

En la Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832, incluyeron todos los actos Ilícitos, sucedidos en Campaña y en Guarnición, cometidos por los militares, debían ser juzgados, por tribunales Militares. En 1853 mediante decreto, se dispone redactar el 1º. Código Penal Militar; un año después, nace el fuero penal Militar; donde se consagran las atribuciones y su debida reglamentación. Pero es con la constitución política de Colombia de 1886, se da vida en forma permanente, la Justicia Penal Militar. El artículo 170 de la constitución Política de 1986 consagra: «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 5 del código penal militar» (CPC, 1886, p. 248).

Desde 1886 hasta 1991, no sufrió modificaciones fundamentales; pero a partir de 1991, ha sufrido, modificaciones de fondo; entre la cuales destacamos el acto legislativo 01 del 25 de Junio del 2015, donde se reforma el artículo 221 de la constitución y principalmente se focalizo la obligación de los funcionarios públicos frente al conocimiento del Derecho Internacional Humanitario, siendo este un tema especializado para la base y el desarrollo de sus funciones.

### **Fundamentos De La Jurisdicción Penal Militar**

Es necesario precisar, que la existencia de las FFMM de Colombia, tiene su sustento Legal, en el Artículo 216 de la Constitución política de Colombia de 1991.

Es necesario hacer claridad, con respecto a la diferencia fundamental, de la constitución política de 1886, con la constitución de 1991. El constituyente proscribió la ampliación que esta tenía, con respecto a la ampliación de la competencia, de los Tribunales Militares, en situaciones de desorden Público; aplicando el cumplimiento de las normas del DIH y los DDHH; exigidos en los convenios y tratados de los cuales Colombia es miembro, este cambio se dio, en el art. 213, de la constitución Política de Colombia de 1991. Así:

En el Trabajo de Grado presentado por: Edgar Villamil J. Y María C. Quintero Torres sobre los “Principios rectores y estructura del proceso Penal Militar, el Sistema acusatorio en el nuevo código Penal Militar” investigan lo siguiente: Dentro del Título V Organización del Estado, Capítulo 1 Estructura del Estado, el artículo 116 enuncia la autoridades que imparten justicia en Colombia, contemplando dentro de ellas a la Justicia Penal Militar. En reemplazo de anterior sistema inquisitivo la nueva Constitución consagró en Colombia el SISTEMA ACUSATORIO en el procedimiento penal, al crear en el artículo 249 la Fiscalía General de la Nación y asignarle en el artículo 250 la responsabilidad de “investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los tribunales y juzgados competentes”. Sin embargo en el mismo artículo se excluyó de la competencia de la Fiscalía General de la Nación, para la

investigación y acusación, "los delitos cometidos por los miembros de la FFMM en servicio activo y en relación con el mismo servicio" Queda claro, entonces, que la existencia de la Justicia penal Militar tienen sustento en la propia Carta Política. (Villamil J.- M. Torres, 2001, p. 19).

Así mismo como podemos ver en el Código de Justicia Penal Militar (Ley 1407/2010), está compuesto, por 19 Libros y 628 Artículos; dentro de los cuales, están plasmados la clase de Delitos del ámbito Militar, que considero el Legislador; con excepción de los delitos, contra la población Civil; que se pueden considerar, que no son de ámbito Militar como: Injuria y calumnia, el tráfico de influencia; que deben ser judicializados por la justicia Ordinaria. Pero no contempla el delito de homicidio y lesiones personales en operaciones Militares; dejando esta ventana abierta, para que se presente la colisión de competencia.

### **Derecho internacional humanitario.**

Una de las definiciones más acertadas y completas del Derecho internacional Humanitario; que deben cumplir, las partes en los conflictos. Es el de la Cruz Roja Internacional.

El derecho internacional humanitario (DIH) es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra. El DIH suele llamarse también "derecho de la guerra" y "derecho de los conflictos armados". (CICR, DIH, p 01). El DIH. se encuentra plasmado y estipulado en los cuatro convenios de ginebra, desde el año de 1949; en los que son parte y firmantes 189 estados; complementado con dos tratados más y los Protocolos relativos a la protección de las víctimas dentro de los conflictos armados (Ramelli, 2000, p. 367). El conflicto armado debe enfrentar a dos o más partes, Sin embargo, el artículo 3º. Común a los cuatro Convenios de ginebra guarda absoluto silencio sobre las características que debe cumplir una agrupación armada para hacerse acreedor a tal calificación. (Ramelli, 2000, p. 55)

En los conflictos armados internos o Internacionales, están en la obligación de 7  
cumplir unos mínimos establecidos; mediante unos protocolos y principios generales  
básicos del DIH como: Principio de Humanidad, Principio del Derecho de Ginebra,  
Principio de Distinción, Principio de prioridad, Principio Humanitario, Principio de  
Igualdad, Principio de no Discriminación, Principio de Proporcionalidad, Principio de  
Inmunidad, Principio de limitación de la acción Hostil, y el Principio de Necesidad  
Militar. Algunas diferencias entre el DIH y DDHH; los cuales van en forma concatenada  
cumpliendo unos objetivos primordiales en defensa del ser Humano.

### **Daños colaterales o incidentales y la relación con los principios del derecho internacional humanitario.**

En el DIH, la necesidad militar, con la distinción y la proporcionalidad; son tres importantes principios del DIH, que han regulado el uso legal de la fuerza, en un conflicto armado y cómo se relacionan estos; con los daños colaterales o Incidentales, que están definidos como los sucesos, que se presentan en forma inesperada, afectando a personas civiles o cosas, que no estaba previsto, para que sucediera. Estos daños se presentan en cumplimiento del deber; cuando se enfrentan a los grupos generadores de violencia.

El caso que nos ocupa, del Daño Colateral o incidental, se presenta mucho en Operaciones Militares y afecta a la Población Civil y personal, que no participa en las hostilidades o que se encuentran secuestrados, por parte del Enemigo. Es oportuno aclarar, que no es un término nuevo; por el contrario, en todos los conflictos de la humanidad, se han presentado a través de la historia, los daños incidentales a personas, que no son actores o integrantes del conflicto; dejando un gran número de vidas inocentes perdidas. En las últimas décadas, a raíz del daño que se ha causado, se vienen tomando las medidas de seguridad operacional, en la FFMM. Para exigir la aplicación de las normas y protocolos del DIH; a pesar de todo, siempre va a estar expuesto a este daño. Se ha tenido antecedentes, como el punto de discusión jurídica y política, a nivel mundial que se presentó, después de la Guerra del Vietnam y del Golfo-Oriente Medio.

La Ley establece normas claras, donde se puede determinar, si la intención de una operación Militar, fue planeada en forma adecuada; o la hicieron buscando la intención de causar daños a terceros; violando la ley, el DIH, y DDHH. Es así, que Jorge Machicado, profesor de derecho; define la antijuridicidad como: “Antijuridicidad. Es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho (Machicado, 2009, p.01).

También el jurista, Alfonso Reyes Echandia, en su obra la antijuridicidad, toma como ejemplo la definición de Kelsen y considera que las definiciones que caracterizan el acto Antijurídico como violación del Derecho, como contrariedad con la Ley, lo que quiere decir realmente que ese comportamiento viola interés que el titular del bien jurídico vulnerado tiene en conservarlo incólume, derecho este que está precisamente garantizado por el tipo legal (Reyes, 1981, p. 37).

Entonces para que exista ausencia de antijuridicidad, la ley Colombiana tiene unas causales; que permite establecer, hasta dónde puede llegar; en cumplimiento de una Misión militar, en forma exitosa. También se cuenta con normas en Derecho, que establecen unas causales de justificación; cuando se presentan acciones prohibidas, que excluyen la antijuridicidad de un hecho típico, y que ha sucedido en forma imprevista, considerado antijurídico.

En derecho se afirma, que en el campo de la antijuridicidad, se termina, cuando el hecho esta dentro de la teoría de las causas Justificables. Por ello, se afirma comúnmente que la teoría de la antijuridicidad se resuelve, en una teoría de las causales de justificación; cuando sucede una o varias, en las siguientes situaciones:

- En el cumplimiento del Deber Legal
- En la Legítima Defensa.
- En el Estado de Necesidad Justificable.
- Con el consentimiento del titular.

Nuestra Legislación lo estipulado, en el Artículo 32 del Código Penal colombiano y en el Artículo 33 del Código penal Militar, Así: ARTÍCULO 33.

AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.
2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico (...)
3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales (...)
5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, (...)
7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de (...)
8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.
9. Se obre impulsado por miedo insuperable.
10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos (...)
11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. (...)
12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad (...)

(Ley 1407, 2010, P. 4)

La doctrina del estudio de la legítima defensa expone varias definiciones señalando que la legítima defensa radica en el derecho que tiene cada uno para oponerse a una agresión injusta, esto cuando la sociedad y el estado no ejercen su defensa; otros doctrinantes, reprobaban a su vez la agresión ilegítima, por el atacado o tercera persona, 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. Estas definiciones se tienen en cuenta en el planeamiento de las operaciones Militares, las cuales se hacen en forma detallada; para evitar las causales de justificación, y un posible daño colateral o incidental; que se llegare a producir. También en el planeamiento Operacional, se capacita al personal, en el campo del DIH y DDHH, exigiendo el cumplimiento, de los principios fundamentales, entre los cuales se cuentan: el Principio de Humanidad, Principio del Derecho de Ginebra, Principio de Distinción, Principio de prioridad Humanitaria, Principio de Igualdad, Principio a no

Discriminación, Principio de Proporcionalidad, Principio de Inmunidad, Principio de limitación de la acción Hostil, y el Principio de Necesidad Militar. 10

Es de suma importancia aclarar el concepto de legítima defensa en el ámbito de los Derechos Humanos, siendo esta una garantía extraordinaria por virtud de la cual toda persona puede, legítimamente, ante la existencia de una agresión ilegítima, actuar por sí mismo en defensa de determinados bienes de la personalidad, mientras en el Derecho Internacional Humanitario la legítima defensa no se aplicara en todos los casos ya que se encuentra en flagrante contradicción, ya que las condiciones de necesidad y proporcionalidad no será siempre validas con el uso de la fuerza dentro del derecho internacional consuetudinario.

### **Derecho Operacional Militar**

Las FFMM en el último estudio estratégico, del el departamento de operaciones definió el proceso operacional como: El Proceso de Operaciones, constituye la postura del Ejército para el planeamiento, preparación, ejecución y evaluación de las operaciones. Cubre la naturaleza compleja, cambiante e incierta de las operaciones y reconoce que una operación militar es ante todo, una actividad humana. (MFE 5-0, 2016, p.VIII)

En el estudio del derecho de la guerra, está definido el Derecho de Operacional como: (...) al espectro de principios y normas que convergen en el desarrollo de las operaciones militares y regulan el uso de la fuerza, desde el marco general que es la constitución política de Colombia – con los correspondientes tratados y convenios sobre DD.HH. y DIH. Ratificados por el país. (Mejía, Kelly, 2014, p.331). El Derecho Operacional Militar, aplicable en la actualidad en el conflicto interno, se torna lleno de complejidad; por los diferentes factores tanto internos, como externos; donde se encuentra un enemigo, lleno de experiencia y con entrenamiento táctico, en guerra de guerrillas; para poder enfrentar, a la FFMM; no solo en el campo militar, sino Jurídico, con el entrenamiento, y asesoría de expertos en la guerra Jurídica. Infiltrando a las

instituciones del Estado; donde cumplen una labor estratégica, a nivel nacional e internacional, con el apoyo de organizaciones no gubernamentales y/o países extranjeros.

11

Lo anterior ha llevado a la FFMM, a desarrollar, técnicas de inteligencia Operacionales; adecuadas y acordes, con a la situación cambiante impuesta, por los grupos violentos. Llegando a un punto de perfección, que le ha valido el reconocimiento nacional e internacional; sirviendo de ejemplo, a los demás ejércitos del mundo; entre los cuales se encuentran algunos con un mayor desarrollo técnico, que les permite jugar una mayor ventaja, ante las situaciones que les presente el enemigo. El desarrollo de la inteligencia Militar, le permite, a los miembros de los estados mayores, de las Brigadas y Divisiones; la perfección del planeamiento de las Misiones Operacionales, tanto ofensiva como defensivas; adelantando estudios detallados de las Fortalezas–Debilidades y posibles riesgos; que se puedan presentar, durante el cumplimiento de una misión de tipo Militar o policial; evitando que se presenten daño Colateral o incidental.

Dentro de este planeamiento, interviene la Plana mayor, (Nivel Batallón) y Estados Mayores (Nivel Brigada y División); donde recomiendan al oficial de operaciones y al comandante; sobre todos los aspectos a tener en cuenta, de acuerdo a los protocolos y procedimientos operacionales, en cumpliendo del DIH. Estas decisiones se toman en consenso, con base conocimiento teórico, práctico y experiencia; adecuando la toma de decisiones, ajustadas al cumplimiento del DIH; establecidos por los protocolos de Ginebra.

El Comandante, ante una situación de incertidumbre, dispone del empleo de la mejor tecnología, y personal debidamente capacitado; para cumplir la misión; atacando lo esencialmente necesario sin exceder la fuerza. Emitiendo órdenes susceptibles de control; para lograr el cumplimiento de los objetivos propuestos, y no causar daños Colaterales o incidentales; de darse, causar los mínimos daños posibles; evitando la provocación del enemigo; quien busca involucrar a las FFMM, dentro de un proceso

jurídico e inhabilitar el personal Militar; para impedir que le puedan hacer daño en el futuro; consiguiendo con esto, un espacio geográfico, político y psicológico a su favor. 12

Para poder cumplir a cabalidad con una misión militar, el comando de las FF.MM. emitió el manual de proceso de operaciones MFE 5-0, primera Edición ,2016; Donde emite la guía general en proceso, que deben seguir, para poder cumplir una Operación de tipo Militar, siguiendo los pasos, normas y protocolos emitidos, así: Las medidas tomadas, y la reglamentación impuesta, para el planeamiento de una operación de tipo militar, el personal asignado, va al 100% seguro de la misión y objetivo impuesto, a cumplir. De igual manera, llegado el caso de presentarse enfrentamiento, no se den afectaciones indiscriminadas, a los objetivos enemigos; ni a bienes, ni personas civiles; de acuerdo al derecho interno y DIH.

### **Cambios de la justicia penal militar, debido a la jurisprudencia de la corte constitucional, a partir de la constitución de 1991.**

Con la entrada en vigencia, de la Constitución de 1991, la corte constitucional, ha venido efectuando cambios estructurales, dentro de la justicia penal militar; de acuerdo a los diferentes casos y demandas, por inconstitucionalidad, de apartes del código penal Militar o por el sistema de justicia, que se está haciendo a los miembros de las FFMM; es así, que en el presente capítulo, entraremos a hacer un análisis de los casos jurisprudenciales más relevantes, que han cambiado la estructura de la Justicia penal Militar, buscando la consonancia con la constitución de 1991.

Para el año de 1993, la corte Constitucional declara inexecutable por inconstitucionalidad, parte del art. 374 del decreto 2550 de 1988. Así: "Quien puede ser defensor. En los procesos penales militares el cargo de defensor puede ser desempeñado por un abogado en ejercicio o por un oficial de las Fuerzas Militares (...) en servicio activo." a partir de este instante se dispone del empleo de Abogados civiles para que lleven la defensa (Corte Constitucional, sentencia C-592/1993)

Debido a la subordinación y organización piramidal de las FFMM, la corte Constitucional; efectuó un análisis sobre el cumplimiento de las órdenes militares,

estableciendo lo límites del cumplimiento. “Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4º), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad (Corte constitucional, sentencia C – 578/1995) 13

El término “en servicio activo” fue declarado inexecutable, por la corte constitucional en las cortes marciales por considerarlo inconstitucional dentro de los consejos de guerra. Así:

PRIMERO: Declárase INEXEQUIBLE la expresión "en servicio activo o " del inciso 2o del artículo 656 del Decreto 2550 de 1988 por el cual se expide el Nuevo Código Penal Militar.

SEGUNDO: Esta sentencia tiene efectos hacia el futuro y sólo con respecto a los nuevos procesos que den lugar a Consejos Verbales de Guerra y que se inicien a partir de la fecha de su ejecutoria. (Corte constitucional, sentencia C-141/1995)

El demandante, argumenta que la defensa, dentro de la justicia penal Militar; no debe ser adelantada, por oficiales en servicio activo, así sean abogado; esta defensa, se debe basar, en una defensa netamente técnica y científica; porque están ligados en forma jerárquica; por lo tanto no brinda, garantías en la defensa.

La Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-358/1997, efectúa un análisis Jurisprudencial detallado y trascendental; a raíz de la demanda de inconstitucionalidad efectuada, por el Señor Jaime Enrique Lozano; de los artículos 25 (parcial), 26 (parcial), 39 (parcial), 45, 66 (parcial), 74 (parcial), 78, 87 (parcial), 88 (parcial), 89 (parcial), 123, 125 (parcial), 212, 259, 260 (parcial), 319 (parcial), 328 (parcial), 363 (parcial), 366 (parcial), 368 (parcial), 384, 402 (parcial), 430, 458, 473 (parcial), 485 (parcial), 500 (parcial), 577, 645, 702 y 703; por considerarlos, violatorios de la Constitución Política de Colombia..

Debido a que el decreto 2550 de 1988, fue expedido durante la vigencia de la 14 constitución de 1886; quedaron algunas normas desactualizadas e inconstitucionales; ante el DIH, y de la constitución de 1991. A raíz de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el demandante; la Corte Constitucional, tuvo suficientes razones, para determinar inexecutable, algunos apartes ya que determinó, que sí había un rezago punitivo, ante la normatividad vigente. Porque el ser miembro de las FFMM, en servicio activo, no lo exime, del Derecho Penal común; también porque el delito, debe tener conexión y relación, directa y próxima con las funciones de las FFMM, determinando que los delitos de lesa humanidad; están cobijados por el Código Penal Colombiano. También dejan claro, en su concepto, que la justicia penal militar; es una excepción constitucional, a la regla del juez natural general; determinando que los Funcionarios o empleados civiles al servicio de las FFMM, no podrán ser juzgados por los tribunales militares; con esta decisión tomada se corrigen normas que permitían la violación a la constitución y la Ley.

La Corte constitucional, en un sabio análisis jurisprudencial, aclara que los jurados de conciencia, no pertenecen a la organización de la Justicia; y manifiesta que la justicia penal Militar, no ha tenido la reglamentación necesaria; permitiendo todavía dentro de su juzgamiento los vocales en los consejos verbales de Guerra, equivalentes a los jurados de conciencia en la Justicia Ordinaria, reglamentándolo mediante sentencia así: “La Constitución no impide que el legislador contemple la participación de los vocales dentro de los juicios contra los miembros de la FFMM en servicio activo, por los delitos que ellos cometieren en relación con el mismo servicio. Sin embargo, la forma en la que está concebido actualmente el juicio por vocales sí vulnera la Constitución. (...) “Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares... (Corte constitucional, sentencia C-145/1998) La corte constitucional determinó, que con el empleo de los vocales, en los concejos de guerra verbal, en la Justicia penal Militar; se está violando el artículo 29 de la Constitución, y no brinda ninguna garantía; en lo referente al debido proceso, y el derecho a la defensa.

### **Criterios que determinan la competencia.**

Para iniciar a establecer, lo que es la jurisdicción y competencia, para el juzgamiento del daño colateral o incidental, en las operaciones militares; es necesario determinar algunos criterios fundamentales, con lo que respecta a la Jurisdicción y competencia, dentro de la rama Judicial. Así: De acuerdo al autor, cada uno tiene un matiz especial, para definir lo que es Jurisdicción Concepto de Jurisdicción.” base de esta premisa se acepta mayoritariamente que jurisdicción es la facultad que tiene el Estado para administrar justicia por medio de los órganos judiciales instituido al efecto, los cuales – en función pública – tienen por finalidad la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos. (Alvarado, 1985, p. 28)

También este autor, dentro del estudio y análisis, llevado a ha definido la competencia como una relación cuantitativa, de tal suerte, que podemos entender por competencia la extensión funcional del poder jurisdiccional, existiendo entre jurisdicción y competencia una relación cuantitativa y no cualitativa, de género a especie. Por ello ha podido decir con acierto que todos los jueces tienen jurisdicción (en rigor, posibilidad de realizar actos con estructura sustitutiva) pero no todos tienen competencia para conocer un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. (Alvarado 1885, p. 29).

Enrique Vescovi, en la teoría General del proceso, define la Jurisdicción como: “La Jurisdicción es la función Estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho” (Vescovi, 1999, p.99). De acuerdo a estudios y con base a la experiencia dada por la práctica, se llega a la conclusión, que los jueces ejercen Jurisdicción, en la medida de su competencia. Definida, que es la Jurisdicción y la Competencia, es necesario hacerlo también, con el Juez natural, Hay quienes confunden los conceptos de “Juez Natural” y “Juez Competente”, Conviene precisar que uno y otro se complementan pero no se corresponden con exactitud. Juez Natural

es aquella manifestación del Estado que brota espontáneamente de la organización 16 misma del Estado y de la necesidad de aplicar la más pura Justicia. (Peña, 2001, p 13).

El Derecho Penal Militar, establece y brinda protección a determinados bienes jurídicos, de los integrantes de las FFMM; considerándose como la base principal, de la existencia del fuero penal Militar, quedando plasmado en el artículo primero.

Adolfo Alvarado Velloso, también en su tratado de derecho, manifiesta que el fuero militar en ningún momento es un privilegio. No puede entenderse el fuero Militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de las FFMM por los delitos que comentan con ocasión del servicio que cumplen,....que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de Justicia. (Peña, 2001, p. 02). Analizadas las sentencias del Consejo Superior de la Judicatura; tribunal superior, con responsable de dirimir la colisión de jurisdicción, presente por orden constitucional con fuerza vinculante; se encuentra la Sentencia No. 2027990/ 2013, donde extracta un aparte de la C-358/97, que define la relación directa del Servicio en las FFMM. En este sentido se ha pronunciado la Corte constitucional Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, en Sentencia C-358/1997, respecto de la relación Directa del Servicio con el Cometido, en la que se considera a la Jurisdicción Penal Militar, como una excepción constitucional a la regla del juez Natural General.(Villarraga, 2027990/2013).

De igual manera, en la Sentencia No 20263800/2012, el Consejo Superior de la judicatura; tiende una línea jurisprudencia, que define el acto administrativo y aclara la naturaleza, de las operaciones Militares de acuerdo a los siguientes conceptos: **ORDEN DE OPERACIONES:** Es el documento que dispone la ejecución de una operación específica, en un futuro inmediato o muy próximo y en el cual se dan las instrucciones necesarias de situación de fuerzas amigas y del enemigo. **OPERATIVO:** Acto llevado a cabo, por parte de las autoridades, con el fin de prevenir o reprimir una acción por parte de la subversión. **ORDEN:** Expresión de la voluntad enmarcada de un superior jerárquico, que conlleva la obligatoriedad en su ejecución de realizar una

conducta o abstenerse de realizarla (...) Operación militar se entiende desde que se 17  
recibe la misión e inicia su ejecución, esto es, desde el día “D” y la hora “H”,  
manteniendo plena vigencia el concepto en toda su ejecución y desarrollo, sin importar  
que la operación dure días o meses, ya que se entiende superada cuando se logre el  
cumplimiento de la misión y se reintegren las tropas a su unidad de origen.

“ (...)El acto administrativo, como acto jurídico estatal, consiste en una expresión  
de voluntad, generalmente unilateral, en ejercicio de función administrativa, bien por  
parte de las autoridades estatales o por particulares expresamente investidos de esa  
específica función, cuyo contenido radica en una decisión que crea, modifica o extingue  
una situación jurídica, ya sea de carácter general o particular, según su destinatario sea  
una persona o conjunto de personas determinadas o, por el contrario, que esté dirigido  
o tenga por titular a la comunidad en general en forma impersonal, cuyos atributos  
básicos, en ambas hipótesis, son la obligatoriedad, la presunción de legalidad y la  
ejecutoriedad. (Villarraga-20263800/2012 P.12, 29,34)

Entonces la orden de operaciones como ese documento que dispone la  
ejecución de una operación genera su importancia al concebir los resultados de la  
misma y estos en últimas podrán constituir un Daño Colateral de allí que se pueda  
estar ante la Atipicidad de una Conducta o ante una causal de ausencia de  
responsabilidad, dependiendo del acervo probatorio del caso.

## **Conclusiones**

La Justicia Penal Militar, data desde la misma conquista de nuevo reino de  
Granada; debido a que las FFMM cumplen una función especializada, son juzgados por  
la Justicia penal Militar y su fuero; el cual ha trascendido a través del tiempo. En la  
constitución del 1886 y consignada posteriormente, en la constitución de 1991; el fuero  
penal militar es una figura constitucional, legítima que protege a los miembros de las  
FFPP.

A raíz de los conflictos internacionales, el D.I.H, como derecho de guerra y los  
conflictos armados; data desde 1949; mediante los cuatro convenios de ginebra, con

los protocolos; brinda protección a las víctimas, con el cumplimiento de unos mínimos establecidos.

18

Pero a pesar de cumplir estos mínimos, se presentan en forma común, y fuera de lo esperado, los daños colateral o incidentales; en el cumplimiento de una operación Militar, presentando violación a un derecho Humano y al D.I.H, produciendo un acto antijurídico; pero cuando, se produce en una operación militar, se comete mediante, los causales de justificación, en cumplimiento del deber constitucional. Cuando esto sucede, debe estar sustentado mediante el cumplimiento del derecho Operacional. A raíz de los cambios generacionales y la evolución de la humanidad; ha venido tratando, de llegar una ola de cambios en el ámbito jurídico; que ha afectado en parte el fuero Penal Militar, pero no ha podido sacarlo del ámbito y necesidad, en la aplicación, para brindar Seguridad jurídica al Soldado Combatiente. Por lo anterior mencionado a partir de una orden de operaciones elaborada con el cumplimiento del D.I.H, y en cuyo cumplimiento también se observen estos principios se pueden exhibir hechos que constituyen daños colaterales y siendo allí donde según el análisis, la jurisdicción aplicable es la Justicia Penal Militar, teniendo competencia en este tipo de casos.

En los últimos cinco años, el Consejo Superior de la Judicatura; ha venido abocando una serie de Colisiones de competencia, que han permitido mediante decisiones jurisprudenciales; dar claridad a la responsabilidad, que tienen los hombres miembros de las FFMM. Definiendo lo que es una orden de operaciones, una orden Militar, una Misión; y una orden de operaciones, como un acto administrativo; el cual es considerado como un acto jurídico, realizado por una autoridad, teniendo la presunción de legalidad. Debido a lo investigado concluyo; que la autoridad competente, para juzgar a los miembros de la FFMM; por un daño colateral o incidental, como resultado de una operación militar, en cumplimiento de la constitución y la Ley: es la Justicia Penal Militar.

- Alvarado Velloso, A. (2011). La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial: Qué es el garantismo procesal / Adolfo Alvarado Velloso. (Temas procesales garantistas y acusatorios). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. Constitución Política de Colombia (1886).
- Alvarado Velloso, A (2015). Jurisdicción y competencia. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/3/AdolfoAlvaradoVelloso.pdf>
- Chaparro, J. (2010). Fuero y justicia penal militar en Colombia: Debates y controversias. 1821- 1829. Memoria Y Sociedad, 14(29), 71-90
- Constitucional N° 116. CICR, Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario.
- E. y María C. Torres (2001). Principios rectores y estructura del proceso Penal Militar, el Sistema acusatorio en el nuevo Código Penal Militar. Tesis de grado. Disponible: <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis49.pdf>
- Margarita Cárdenas Poveda. (2013). Fuero militar: ¿garantía funcional o condición de impunidad? Vniversitas, (127), 61-90.
- Mejía Azuero, J. (2009). *Derecho de la Guerra* / Jean Carlo Mejía Azuero. Bogotá: Temis.
- MFE 5-0 Proceso de Operaciones- Primera edición 2016- Colombia – FF.MM.
- MFE 5 -0 Proceso operaciones, Primera edición, 2016 – FF-MM-.
- Ramelli, A, La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 367.
- Reformas a los sistemas de Justicia militar en las américas 2007 ago. Miami, Florida. (2007). Reformas a los sistemas de justicia militar en las Américas / Simposio. Justicia Penal Militar; United States Southern Command ; Universidad Militar Nueva Granada.
- Reyes Echandía, A. (1981). La antijuridicidad / Alfonso, Reyes Echandía. (3a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia La legítima Defensa, Sisco Defín. p.131Simposio

Sabogal Quintero, M. (2013). Sistema penal militar acusatorio y fuero militar / Moisés 20  
Sabogal Quintero. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez

Véscovi, E. (1999). Teoría general del proceso / Enrique Véscovi. Bogotá: Temis  
Comentarios al nuevo Código Penal Militar, Edgar Peña Velásquez, 2001, p.2

### **Legislación**

Congreso de la Republica de Colombia. (2015) Acto Legislativo 01 de 2015. Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia. Diario Oficial No. 49.554 de 25 de junio de 2015

Constitución Política De La República De Colombia (1991).

Código Penal Colombiano. Diario oficial número 44.097 del 24 de julio de 2000.

Código Penal Militar, Ley 1407 De 2010. Por el cual se dictan las normas rectoras de la ley penal militar. Diario Oficial 47804 de agosto 17 de 2010.

Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia No 20263800/2012.

Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia No. 2027990/ 2013.

Corte Constitucional de Colombia. (9 de Diciembre de 1993) Sentencia C-592 M.P.:  
Fabio Moron Díaz.

Corte constitucional de Colombia. (29 de marzo de 1995) Sentencia C-141 M.P.:  
Antonio Barrera Carbonell.

Corte constitucional de Colombia. (4 de Diciembre de 1995) Sentencia C-578 MP.:  
Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (5 de Agosto de 1997) Sentencia C-358 MP.:  
Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte constitucional de Colombia, (22 de Abril de 1998) Sentencia C-145 MP.: Eduardo  
Cifuentes Muñoz.