



**FACTOR DETERMINANTE PARA DIRIMIR ANTE IN DUBIO PRO JURISDICCIÓN
CON PERTINENCIA PROCESAL ENTRE LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA Y LA
JUSTICIA PENAL MILITAR.**

AUTOR: DIANA CAROLINA SANTOS DURAN

TUTOR: DR. MISAEL TIRADO ACERO

Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Militar

Facultad de Derecho
Universidad Militar Nueva Granada

2016

FACTOR DETERMINANTE PARA DIRIMIR ANTE IN DUBIO PRO JURISDICCIÓN CON PERTINENCIA PROCESAL ENTRE LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA Y LA JUSTICIA PENAL MILITAR.

Diana Carolina Santos Durán¹

RESUMEN

El presente Artículo se basa en una investigación desarrollada con base en el tema de *In Dubio Pro Jurisdicción*, partiendo de los lineamientos que argumentan la funcionalidad y la trascendencia legal en los procesos a que hacen referencia tanto la constitución política como la ley 270 de 1996, los cuales, atribuyen al Consejo Superior de Judicatura, sala disciplinaria la función de dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre las distintas Jurisdicciones, a fin de establecer a través de avances legales y jurisprudenciales, la manera de recuperar en su integridad el Fuero Penal Militar. Partiendo del conflicto de competencia entre la Justicia penal militar y la justicia ordinaria, en cuya situación; siempre la especializada pierde la competencia y cuyos objetivos de la investigación se plantean a partir del Análisis del factor determinante para dirimir el conflicto de competencia entre la justicia penal y justicia penal militar.

PALABRAS CLAVE: Consejo Superior de Judicatura, Conflicto de Competencia, Justicia Penal Ordinaria, Justicia Penal Militar, Fuero Penal Militar.

¹ Abogada – Secretaria Justicia Penal Militar. Nana43206@hotmail.com

SUMMARY

The present article is based on a research developed based on the theme of *In Dubio Pro Jurisdiction*, starting from the lines that argue the functionality and the legal importance in the processes that reference both the political constitution and like law 270 of 1996 , Which attribute to the Superior Council of Judicature, the disciplinary chamber the function of settling the conflicts of jurisdiction that arise between the different Jurisdictions, in order to establish through legal and jurisprudential advances, the way to recover in its entirety the Military Criminal Court. Starting from the conflict of jurisdiction between the military criminal justice and ordinary justice, in whose situation; Always the specialized one loses the competition and whose objectives of the investigation are raised from the Analysis of the determinant factor to settle the conflict of competition between the criminal justice and military criminal justice.

KEY WORDS: Superior Council of Judiciary, Conflict of Competition, Ordinary Criminal Justice, Military Criminal Justice, Military Criminal Jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

El factor determinante para dirimir ante la figura jurídica "*in dubio pro jurisdiction*"² se analiza a partir de criterios claves, lo cual, implica comprender la pertinencia procesal entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar, que objeto específico del análisis en la presente investigación, constituye el concepto jurídico en función a la 'duda' para llegar a una 'vacilación', derivada de las dos alternativas que causan la duda (DECH, II, 1980) (Pg. 527), como lo sustenta Covarrubias (1611), al traducir

² Pereira-Menaut (2010: 187 y 188) sostiene que se introduce "por primera vez en el siglo XVI por Aegidius Bossius, Tractatus varii: titulus de favoribus defensionis 2, refiriéndose a Paulo en Dig. 44, 7, 47.

dicha preposición escrita en latín, haciendo énfasis a la situación en que la opinión de la jurisprudencia se divide en dos jurisdicciones y no se sabe por cuál de ellas se ha de asumir el caso, dejando por lo general en manos de la justicia Penal Ordinaria y excluyendo el criterio de la Justicia Penal especializada, en este caso la militar.

Este principio de la duda ante cada acto de la jurisprudencia incide en la manera de delegar los procesos ante el derecho penal militar, teniendo en cuenta que este se concibe como una rama especial del derecho penal, el cual se sustenta con base en tres elementos como son; la constitución política, la ley y la jurisprudencia, las cuales han venido evolucionando con el paso del tiempo, estructurando y identificando a su vez una jurisdicción especial y concluyente por medio del fuero militar.

En el ejercicio de la investigación, se dio prioridad a la finalidad del derecho penal militar, el cual, consiste en proteger determinados bienes jurídicos relativos de la fuerza pública y sus miembros, evitando cualquier tipo de contrariedades legales en el cumplimiento de las funciones que el Estado les ha encomendado, con base en el objetivo general que consistió en analizar el factor determinante para dirimir el conflicto de competencia entre la justicia penal y justicia penal militar.

En efecto, se consultó acerca del Fuero Penal Militar que reglamenta la existencia del derecho penal militar con una jurisdicción especial, lo cual implica una excepción al principio del juez natural, por lo que los miembros de las Fuerzas militares en servicio activo y en el cumplimiento de su misión tanto constitucional como legal, cuando llegan a cometer en ciertos casos delitos relacionados con el mismo servicio, son juzgados por la jurisdicción militar y no por la Justicia Penal Ordinaria.

Lo anterior, llevó a que en dicha investigación se dé importancia a la Fuerza Pública como parte de la institucionalidad del Estado dando respuesta a la pregunta; ¿Cuál es el factor determinante para dirimir el conflicto de competencia entre la Justicia penal y justicia penal militar?, de acuerdo a los alcances del fuero militar, con su labor y

trascendencia procesal sobre la Justicia Penal Militar con respecto a los casos en que no tiene lugar la Justicia Ordinaria cuando se presenta el *in dubium pro jurisdicción*.

MÉTODO

La investigación realizada fue descriptiva y se sustenta con el desarrollo del análisis jurisdiccional por medio del método de indicios, el cual permitió determinar la justicia penal correspondiente a variables como es el hecho, su agente criminal o la manera como se realizó, esto implica reconocer la pertinencia del fuero militar o de la justicia ordinaria en cada caso particular de acuerdo a unos criterios estimados para establecer el factor determinante que permite dirimir ante una situación de *in dubio pro jurisdicción*.

Con base en lo anterior, se consultaron fuentes primarias a partir de las Leyes que a través de la historia han marcado la legislación penal desde el fuero militar y sus atribuciones especiales en la jurisprudencia colombiana. Así mismo, en cuanto a la figura de *in dubium pro jurisdicción* se citan distintos autores con argumentos especializados en el campo jurídico, entre los que se destacan, el libro clásico de Mans (1947, reimpresión 1979) con; “*la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*”; otro aporte bibliográfico lo hace la opinión de Domingo (2006), quien recoge principios y aforismos citados por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional de distintos países de Iberoamérica con respecto a la figura “*in dibium*”, así como algunos usados por los Tribunales de Justicia en Colombia (Domingo, 2006) (Pg. 28); Otras fuentes secundarias se generan a partir del contraste de Claus Roxín (1931) con su opinión sobre la imputación objetiva y la responsabilidad penal delegada a la jurisdicción correspondiente y las máximas jurídicas de Pereira Menaut (2010) (Pp. 368-369), quien las socializa en su contexto histórico y permite averiguar su verdadero sentido, partiendo de situaciones en que la jurisdicción tanto de la justicia penal militar como de la Justicia Penal ordinaria se ven implicadas en un mismo caso judicial.

RESULTADOS

a) Interpretación de la Terminología *in dubium pro jurisdicción*.

A partir de la figura *in dubio pro* jurisdicción se crean variantes, relacionadas con la “*duda*”, que comparten rasgo semántico con paráfrasis sustancialmente idénticas o con matices singulares en que la duda se debe absolver de acuerdo al fuero militar en caso en que el sujeto y el acto sea cometido por personal militar o de la fuerza pública del estado representada por sus instituciones, con causa en hechos propiciados en el cumplimiento de su función representativa del Estado, con pertinencia en la duda, ante lo cual, se debe preferir siempre la interpretación más benigna, al elegirse la parte más como lo explica Floría Fidalgo, (1996) (Pp. 131-142).

La forma lingüística *dubius*, puede expandir los núcleos constituidos por los sustantivos como: *actus* ‘acto’, *res* ‘cosa’ (de *rebus dubiis*) y *verba* palabras, lo cual se menciona partiendo de las tres unidades léxicas básicas del lenguaje jurídico en que se hace un contraste con el adjetivo *dubia*, que funciona como atributo en una oración copulativa, como lo menciona Mans Puigarnau (1979) (Pág. 255), pero la que aparece en el mayor número de documentos es “*in dubio pro reo*” con referencia al sujeto sobre quien pesa la justicia penal³.

El concepto de responsabilidad penal o criminal recae sobre la imputación objetiva a partir del deber jurídico, el cual se impone a un individuo imputable, situación que ha sido analizada por autores como Claus Roxin (1931), quien estudia y propone algunos argumentos en que se basa la teoría penalista en respuesta a la acción antijurídica prevista para Colombia en el Código Penal como delito, de acuerdo a la culpabilidad y las consecuencias jurídicas presupuestas dentro de la valoración del nivel de punibilidad del delito.

³ Dentro de la investigación se encontraron casos en los que hay algo dudoso en cuanto a qué jurisdicción de justicia penal corresponde cada caso, lo que se aclara por deducción de un hecho posterior, del que resulta el efecto de lo que se hizo (STS, Civil, de 4 de abril de 2011, ponente: Gimeno-Bayón Cobos), exposición basada en “El título 5 del libro 34 de Digesto de rúbrica *De rebus dubiis*”; el cual, contiene criterios generales de interpretación con los cuales los juristas se guían para resolver los casos dudosos.

La cita está, efectivamente, en el fragmento 15 de Marciano, en el Libro XXXIV, Título V del Digesto, en donde se lee: *Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retro ducitur et apparet, quid actum est*. Como es evidente, la forma correcta sería *res* y no *rebus*. Marciano (s. II-III d.C.), jurista romano (Domingo, 2006: 510).

En efecto, hay que tener en cuenta que el concepto de responsabilidad penal no es exactamente el mismo de responsabilidad criminal, ya que en el primer caso se excluyen aquellas circunstancias en que, al incurrir el sujeto puede llegarse a declarar su culpabilidad de acuerdo a sanciones en que no es precisamente necesario imponer una pena al individuo.

De acuerdo a lo anterior, en el presente artículo se hace una referencia a los argumentos de Roxin para entender los hechos de punibilidad en que se exime de responsabilidad al responsable de la ejecución de un delito, como lo describe el artículo 20 del Código Penal colombiano. De acuerdo a lo anterior, es indispensable tener claro que la Culpabilidad es la Situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, de un hecho antijurídico, que racionalmente pudiendo optar por no cometer el delito, lo ejecuta y esto lo hace responsable de una sanción.

En ese orden de ideas, Roxin retoma desde el concepto de “reprochabilidad” el proceso desarrollado a través del conocimiento de la antijurídica para hacer énfasis entorno a la concepción normativa de la culpabilidad como un resultado incompleto, ya que la valoración se fundamenta desde el punto de vista de Roxin como un elemento que orienta hacia la culpabilidad, de acuerdo al reproche de culpabilidad en contra de la conducta del sujeto, retomando aspectos como la psicología, el estado mental y el juicio sobre la normalidad de la situación en la que se actúa de manera antijurídica, desde puntos de vista jurídico penales.

b) La Culpabilidad y la Responsabilidad Penal según Roxin.

En las apreciaciones de Roxin se destaca que la responsabilidad penal depende de dos datos que deben añadirse al injusto; uno de ellos es la culpabilidad del sujeto y la otra es la necesidad preventiva de la sanción penal, ya que hay que deducir de la ley quien infringe la norma y en que condiciones lo hace, sobre todo teniendo en cuenta la disposición de las facultades mentales del sujeto. Por lo tanto, señala Roxin que esto

respecta a la influencia de los estados o diagnósticos de conexión biológico-psicológicos en la capacidad de control del sujeto (Roxin, 1971) (Pág, 838).

En consecuencia, el sujeto actúa con culpabilidad cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de la llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho.

Desde ese punto de vista, Roxin define la culpabilidad desde una perspectiva material, en que se describe una actuación injusta aun cuando ya existe la norma, en cuyo caso se afirma la culpabilidad cuando el sujeto presenta un estado mental y anímico, con posibilidades de decisión por una conducta racional en que se puede orientar su conducta conforme a la norma.

En contraste a lo dicho, por Roxin la causalidad pasa a un segundo plano y se enfoca más en la imputación por lo que se hace que la teoría de la acción normativa este supeditada según los hechos en que el sujeto puede ser imputado de acuerdo a un resultado antijurídico, como obra suya, porque para Roxin esto depende de unos criterios de enjuiciamiento a los que someten los datos empíricos.

Claus Roxin desarrolla entonces la llamada teoría de la imputación, la cual esta desligada del dogma causal y retoma los postulados de Dryzek, Honig, y Phillips (2006), como una reflexión acerca de la problemática de la imputación en el derecho penal. Por lo tanto, la vertiente de Roxin, se profundiza más aun con el desarrollo de un sistema específico en que se hace referencia a la infracción producida en el acto y las consecuencias del resultado en los delitos imprudentes, lo que retoralimenta con base la conducta de culpabilidad y la necesidad preventiva, las cuales se convierten en alternativas de responsabilidad frente al riesgo de imputación objetiva, dentro del alcance penal, creado por el autor y no encubierto por el riesgo permitido.

En teoría se podría decir que los argumentos de Roxin van encamiados desde una perspectiva objetiva de la imputación y la incorporación del dolo al tipo del ilícito, por lo que introdujo criterios de imputación generales y objetivos que son determinados normativamente. De acuerdo a la delimitación de los hechos Roxin aclara que debe haber siempre una culpabilidad sobre las condiciones del sujeto, quien es el que logra un resultado antijurídico, de acuerdo a la realización de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido, lo cual se aclara de acuerdo con la relación entre el sujeto del delito y el resultado, para dicho resultado pueda imputarse a un sujeto del delito determinado como su acción.

Roxin propone una serie de criterios normativos, con base en el “principio de riesgo”, según el cual, a partir del resultado, el tema está determinado por la conducta del autor de los hechos y este a su vez es quien crea o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica sobre un bien jurídico en relación con el resultado obtenido.

En ese orden de ideas, se destacan los siguientes criterios propuestos por Roxin para determinar el juicio de imputación objetiva frente a los resultados que se tienen en cuenta como factores de punibilidad del delito:

1. Reducir el riesgo.
2. Los hechos que llevan a crear un riesgo jurídicamente relevante.
3. Hasta dónde va el incremento del riesgo permitido.
4. La protección de la norma.

c) Descripción del fuero penal militar a través del tiempo.

El tema del Fuero Militar y el tema de la Jurisdicción militar, el surgimiento de este fuero es tan antiguo como son las historias de los ejércitos. Roma y Grecia sin duda son siempre para aspectos de derecho unos referentes bien importantes de construcción de lo que es el Estado, de construcción de lo que es el diseño del derecho y particularmente Grecia nos deja un principio que hoy por hoy se va modulando, pero

que se preserve; que los pares juzguen a los pares a partir del ejercicio de la función que cumple, pero se mira que ese par tenga un origen lícito y esa licitud le permite no solo tener conocimiento de la función, sino elaborar juicios de valor del ejercicio de esa función.

Avanzando un poco más en el tiempo, en 1793 las ordenanzas de Carlos Tercero son las primeras construcciones que trae el Derecho Penal Militar, aquí se establece lo que tiene que ver con los ejércitos que estaban destacados en otros lugares del mundo fundamentalmente conforme al artículo 1, de esa ordenanza que dice: los ejércitos de ultramar y quienes lo integran que cometan delitos fuera del territorio español, serán juzgado conforme a cortes marciales propios del modelo Español, desde allí comienza a ver una construcción de lo que implica el ser miembro de una fuerza militar y encontrarse en ejercicio de una función .

Después, en 1811, la primera construcción que refiere la idea de república, plantea ya la existencia del fuero militar en cabeza de los comandantes militares de la época, esa concepción se mantiene y se hace mucho más rígida y mucho más estricta.

Si se miran las diferentes constituciones que existieron desde las época hasta 1886 se va a encontrar que siempre estuvo presente el tema del fuero militar. En 1886 se consigna el artículo 170 y se replica en la constitución de 1991 y con esto se pretende afirmar que la presencia del fuero militar y la jurisdicción militar en Colombia ha sido consecuencia de la voluntad del constituyente primario.

Hoy por hoy se expresa en el artículo 221 de la constitución política, y ha tenido tres momentos fundamentales que han impactado este artículo, como lo es el acto legislativo 02 de 1995, acto legislativo 03 del 2002, acto legislativo 02 del 2012 y el acto legislativo 01 del 2015.

En la sentencia C-358 de 1997, fueron tenidos en cuenta los fundamentos y elementos considerados tradicionales del fuero Penal Militar, tal como lo desarrolla la historia de la humanidad y el Derecho Internacional Humanitario, partiendo de la regulación de la

punibilidad como resorte del Legislador, en desarrollo de su función al expedir códigos en todos los ramos de la legislación con el fin de que el Estado pueda castigar los hechos punibles, con un repertorio de instrumentos y medidas sancionatorias que le permiten distinguir los supuestos de mayor y menor gravedad con arreglo al principio de proporcionalidad de cada jurisdicción en que se debe ser juzgado el sujeto en cuestión por sus pares.

Lo anterior nace de la existencia de una pluralidad de especies punitivas en que se permite al mismo Legislador establecer un marco sancionatorio diferenciado que sea congruente con las distintas hipótesis delictivas que toma en consideración y que son competencia de la jurisdicción penal sancionatoria correspondiente en cada caso, llámese desde la justicia Penal militar o en su defecto lo correspondiente a la justicia penal ordinaria.

El Legislador, por lo tanto, en cada caso, introduce un factor que contribuye a diferenciar la pena de prisión y la de arresto, lo cual redundará en reducir la severidad de esta última de acuerdo a la jurisdicción de su competencia, como se enuncia a continuación al tener en cuenta la manera de determinar la jurisdicción y la competencia a que tiene lugar cada caso.

d) Determinación de la Jurisdicción y Competencia.

Jurisdicción, es la facultad genérica de administrar Justicia que tienen los jueces de la república; Competencia es la misma facultad concreta en un caso específico.

Es decir, que la jurisdicción es el género, y la competencia la especie. De manera que pueda existir Jurisdicción sin competencia pero no competencia sin jurisdicción, la competencia es la limitación concreta de la jurisdicción, significa que jurisdicción es una manifestación de la soberanía nacional mediante la cual se facultó a determinados funcionarios para administrar justicia en nombre del Estado y competencia es la

facultad de que se halla investido un funcionario público para aplicar justicia en un caso concreto.⁴

e) Definición fuero penal militar.

Etimológicamente, según Rodríguez (1980) (Pg. 9)⁵ “Fuero” proviene de la palabra “forum”, que indica tribunal y que según la Real academia de la Lengua Española⁶ la palabra históricamente representa una norma o código de datos para una jurisdicción determinada a partir de leyes y estatutos de privilegios y exenciones de una persona perteneciente a dicha jurisdicción.

f) Vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio.

“Para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado”⁷.

Con base en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia precisó que la conducta debía ser realizada dentro del marco de actividades que le corresponden, por norma, a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional. Esto quiere decir que se excluyen de dicha jurisdicción, los actos cometidos por personal militar en ejercicio de actividades no vinculadas con el servicio. De otra parte, se indicó que la existencia de dicho vínculo desaparecía cuando el agente ab initio tenía un propósito criminal. En tales casos, el ejercicio de funciones militares constituye un mero disfraz o fachada para la actividad delictiva.

g) Casos de Rompimiento de Nexo Funcional por Delito de Lesa Humanidad.

⁴ MARTÍNEZ RAVE, Op. Cit,p.24

⁵ Rodríguez Ussa, Francisco. (1980). Estado de Derecho y Jurisdicción Penal Militar. Bogotá. Editorial Compoarte. Pp. 9 -10.

⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Segunda edición. Disponible también en versión HTML en [http:// www.rae.es/](http://www.rae.es/)

⁷ Sentencia T-806,2000

De acuerdo al punto de vista del Fuero Militar; *“el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad”* (Sentencia C-878/00)⁸. Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que, de manera flagrante, aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados.

Debe observarse que si bien se hace alusión a los llamados delitos de lesa humanidad, dicha referencia únicamente indica el patrón de conducta que nunca será de competencia de la justicia penal militar. Sobre este punto, ha de advertirse que, tal como se indicó en sentencia, aún las normas que regulan asuntos evidentemente militares, repudian los actos contrarios a los sentimientos de humanidad.

h) Colisión de Competencia entre Funcionarios Judiciales con Respecto al Principio de Seguridad Jurídica.

La decisión que ponga fin a una colisión de competencias entre dos funcionarios judiciales, tiene carácter vinculante, tanto para las partes como para cualquier autoridad judicial, por cuanto es necesario proporcionar al proceso un principio de seguridad jurídica en el sentido que el mismo punto, el de la competencia, no será debatido en ninguna instancia judicial posterior.

Por tanto, una vez debatido y fallado este punto por el órgano competente para resolver esta clase de controversias, la decisión adquiere el carácter de definitiva, inmodificable e inmutable. Cabe resaltar que si un asunto de tanta trascendencia jurisdiccional ya fue definido por quien constitucional y legalmente está facultado para ello, no puede ser planteado nuevamente, dado a que ello atenta contra todos los

⁸ Corte Constitucional C-878/00.

principios que rigen la administración de justicia, entre ellos, tales como lo señalan los fallos citados, el de seguridad jurídica.⁹

i) Justicia Penal Militar.

Para tal efecto, corresponde a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimir acerca del conflicto, teniendo en cuenta que en caso de que se suscite un conflicto de competencias entre la jurisdicción a que corresponde el caso, el competente para dirimirlo es la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ya que está en la obligación de considerar, de manera exhaustiva las pruebas existentes en el proceso para que, si no existe asomo de duda exclusivamente en este caso, se asigne el proceso a la justicia penal militar.

j) Fuero Penal Militar

En este punto de la investigación se tomó como referente el caso de la masacre de Mapiripán en el Departamento del Meta, ocurrida entre los días 15 al 20 de 1997, de acuerdo a lo que se establece en la Constitución Nacional en su artículo 235, la Corte infiere los siguientes aspectos:

*1) Mientras los Generales de la República (cualquiera que sea su rango) se encuentran en ejercicio del cargo, tienen **fuero integral** y deben ser juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, independientemente de que el delito cometido tenga relación con el servicio o que hubiere sido realizado con anterioridad a la calidad que ostentan.*

2) Si el delito tiene relación con el servicio, la competencia siempre es de la Corte, aún después de cesar en el cargo y no puede ser investigado o juzgado por la Justicia Penal Militar. Es una excepción a la regla general de que todo delito cometido por un

⁹ Corte Constitucional, T-806,2000

miembro de la Fuerza Pública y en relación con el mismo servicio, es de competencia de la Justicia Penal Militar.

3) Cuando el delito que se imputa –trátase de una conducta activa o de una comisión por omisión - es un delito de lesa humanidad o en general constituye una grave violación a los derechos humanos, una vez se desvincule de la categoría de General en servicio activo, le corresponde al Fiscal General o a la Corte, determinar si ese acto que es completamente ajeno al servicio, “...tenía relación con las funciones desempeñadas...” .

Es manifiesto el error del Consejo Superior de la Judicatura en lo que respecta al juez natural del General, por lo siguiente:

- i) si al momento de resolver el conflicto ostentaba la calidad de general en servicio activo, gozaba de fuero integral y por ende no interesaba determinar si la conducta realizada tenía relación con el servicio.*

- ii) Si estaba retirado, también había debido atribuirse la competencia al Fiscal General y a la Corte, pues si según el Consejo Superior de la Judicatura se trataba de un acto relacionado con el servicio, no perdía el fuero con el retiro del cargo, pues según el parágrafo del artículo 235 de la Carta, el fuero “se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”¹⁰.*

k) Conflicto de Competencia entre la Justicia Penal Militar y la Justicia Penal Ordinaria.

La Corte Constitucional considera que la omisión imputable es de competencia de la justicia ordinaria, porque cuando se tiene posición de garante, las omisiones que permitan, faciliten u ocasionen (sea a título de autoría o complicidad, delito tentado o consumado, doloso o culposo) la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, son comportamientos que no tiene relación con el servicio.

¹⁰ Sentencia su.1184/2001

Este elemento debe ser valorado al determinar la aplicación del párrafo del art. 235 de la Carta. Bajo ningún supuesto la omisión investigada era de competencia de la justicia penal militar. No estaba amparada por el fuero¹¹.

l) Alcance de la competencia incluye revisar pruebas.

En el plano de la solución de un conflicto de competencias como el que se sometió a consideración de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la autoridad judicial no es competente para determinar la responsabilidad del procesado.

Su competencia se restringe a verificar que, conforme a las pruebas existentes en el proceso, se demuestre la relación directa entre la conducta del procesado y el servicio, para determinar si está amparado por el fuero penal militar. Dicha restricción opera para el juez de tutela, quien no puede fungir como juez penal ad-hoc, debiendo, por lo tanto, ser en extremo cuidadoso en no adentrarse en asuntos propios del juez ordinario.

Con todo, en ciertas ocasiones resulta indispensable valorar aspectos propios de la responsabilidad penal como el título de imputación, a efectos de establecer ciertos elementos necesarios para determinar la autoridad competente. Este análisis, cabe señalar, supone revisar si fuera necesario y bajo los criterios indicados en esta sentencia, el material probatorio disponible.

m) Justicia Penal Ordinaria-Competencia Por Omisión

De acuerdo a lo consultado y los distintos puntos de vista confrontados cabe afirmar que la omisión de la Fuerza Pública no tiene que ver con acto en el servicio y que en el caso de la masacre de Mapiripán se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana, por parte de un grupo que disputa el monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado.

¹¹ *Et. al*, Sentencia su.1184/2001

Es decir, se violaron los principios fundamentales del orden constitucional, cuya preservación estaba encargada a los investigados. Su posición de garante les exigía intervenir para evitar la ocurrencia de los hechos degradadores de la humanidad y perseguir a los usurpadores del poder estatal. Debido a las gravísimas consecuencias derivadas de su omisión, no puede considerarse que exista relación alguna con el servicio.

El precedente de la Corte Constitucional en materia de competencia de la justicia penal militar es rigurosa en señalar que únicamente si no existe duda sobre la relación entre el servicio y el acto investigado, es posible asignar competencia a la justicia penal militar. En el presente caso, no es posible sostener que no existe duda. Por el contrario, la calidad de garante impide catalogar la omisión como un acto relacionado con el servicio.

También se ha indicado que conductas especialmente graves, como los delitos de lesa humanidad, no pueden ser juzgadas por los jueces penales militares. En el caso de estudio, las omisiones en las que incurrieron los sindicatos permitieron la realización de hechos degradantes del sentimiento de humanidad. De ahí que, por razones objetivas, no sea posible asignar competencia a la justicia penal militar.

Por último cabe enunciar que la ley no consagra recurso alguno en contra de la providencia que ponga fin a una colisión de competencia.

DISCUSIÓN

Es importante destacar la disminución del conflicto cuando se designa un grupo especializado en justicia Penal Militar, designado por el mismo fuero militar en los casos pertinentes de la corte suprema de justicia de acuerdo al criterio mediante el cual, puede negarse la imputación objetiva y por lo tanto la responsabilidad penal en los casos de desviación de un resultado grave, que haya llevado a producir uno leve, ante lo cual la creación de un riesgo jurídico; penalmente relevante o no permitido por lo que se procede a negar la imputación objetiva en esos casos en que la acción no ha creado el riesgo relevante de una lesión al bien jurídico, sin embargo la intención y la acción de dolo son consideradas riesgosas.

A partir de lo cual se incrementa el riesgo permitido, lo que desde el punto de vista de Roxin tiende a negar la imputación objetiva debido a la conducta del autor, la cual, no ha significado una elevación del riesgo permitido, porque el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida.

De acuerdo a la protección de la norma el autor crea o incrementa un riesgo que origina un resultado lesivo, que no se es imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma, por lo que el resultado no es aquel que la norma pretende evitar, por lo tanto, la responsabilidad penal se aplica sobre el dolo y la culpa en el primer caso Roxín describe con diferentes argumentos la intención, y en el segundo caso, hace referencia a la negligencia; en ambos casos el fundamento primordial es la voluntad del sujeto activo, teniendo en cuenta que si no existe intención o negligencia no hay culpabilidad y por lo tanto, no hay delito, por ser la culpabilidad elemento del delito, en cuya situación se exonera totalmente la responsabilidad penal sobre un acto establecido.

Con respecto a lo anterior las exenciones de responsabilidad juridicopenal ordinaria desde el punto de vista de la corte constitucional son asumidas por el fuero militar, con énfasis en un conocimiento del sujeto y su jurisdicción siempre y cuando no se hayan cometido actos de lesa humanidad a partir de sus actos, esto es, de acuerdo a su intención, donde su conducta es dolosa. Mientras que en el segundo caso, es la imprudencia de cometer el acto aun estando al servicio de la institución delegada como fuerza pública, lo que hace que la conducta sea considerada culposa dentro del régimen militar y su propia jurisprudencia.

En otra situación de exención la causa escapa al control del autor, ya que la conducta se debe a un caso fortuito en que se presentan los acontecimientos por coincidencia de los actos, por lo tanto, Roxin hace mención clara de que la culpabilidad es una situación, en que deben presentarse como presupuestos; la imputabilidad, dolo o culpa

y la exigibilidad de una conducta adecuada a la prohibición o imperatividad de los actos contrarios a la norma.

En caso de faltar dichos presupuestos, Roxin argumenta que no actúa con culpa el autor del hecho cuando cumple una función delegada por su servicio mismo representando al Estado, en consecuencia esta exento de responsabilidad criminal ordinaria, lo que es consecuente con las condiciones biológicas y mentales del sujeto cuando se somete a un reglamento o unas ordenes, por lo que hace referencia a la imputabilidad, la cual se define como la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión, por lo tanto se es imputable o no de acuerdo a cada jurisdicción penal.

CONCLUSIONES

El factor determinante para dirimir ante in dubio pro jurisdicción con pertinencia procesal entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar está relacionado íntimamente con la aplicación del principio general *in dubio pro reo*, en que aparece el principio de presunción de inocencia a partir de su función y su cargo encomendado para actuar en servicio de la Ley y la seguridad del Estado, tomando un gran protagonismo en el proceso penal desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991 y las situaciones en que se ha tenido que debatir por medio de sentencias el rol de la jurisprudencia penal militar a partir del tipo de delitos en que se ha hecho responsable la fuerza pública.

El fuero militar a diferencia de la justicia penal ordinaria, ha tenido un desempeño favorable para los integrantes de las fuerzas militares, al no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia, debido a la situación de seguridad en que se había sometido el país en los últimos 40 años. Si bien conceptualmente son previsiones normativas diferentes, no han faltado posiciones que consideran como género la presunción de inocencia los actos militares y dentro de esta el principio in dubio pro jurisdicción es asumida por el fuero militar, aun así bajo la

controversia del tipo de delito y los casos particulares en que se debe asumir el papel de la justicia penal ordinaria, dada la controversia en los actos de lesa humanidad y violación a los Derechos Humanos como su vertiente intraprocesal.

En Colombia la cuestión ha sido debatida por el Tribunal Constitucional que, quizás para evitar conflicto entre jurisdicciones, ha mantenido de manera reiterada la separación de ambas estancias en los casos en que la duda es la constante de disociación judicial. En efecto es clarificadora la sentencia del Tribunal Constitucional C-358, que distingue roles particulares y criterios, a pesar de no obviar las relaciones conceptuales, entre los principios de presunción de inocencia en miembros de las fuerzas militares cuando actúan en función a su servicio y su cargo en beneficio de la seguridad del Estado respetando los derechos humanos y el principio in dubio pro jurisdicción, puestas como principal argumento ante la diferencia sustancial entre ambas jurisdicciones penales y la pertinencia del caso juzgado.

El principio in dubio pro jurisdicción sólo se manifiesta cuando existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal designados a la coherencia de los actos con la función de las fuerzas armadas que cuidan del estado y el bienestar de los ciudadanos, aunque se haya practicado una prueba válida con cumplimiento de las correspondientes garantías procesales en favor de un proceso penal de la justicia ordinaria, ante lo cual se busca la prioridad de ser juzgados por pares desde la perspectiva constitucional, y el principio de presunción de inocencia en cumplimiento del deber y la causa protegido el sujeto en la vía de amparo, cuando se presentan alternativas de consistencia equivalente a la jurisdicción que le compete.

REFERENCIAS

COVARRUBIAS Orozco, Sebastián de (2006) Tesoro de la lengua castellana o española. Edición integral e ilustrada de Ignacio Arellano y Rafael Zafra. Madrid: Iberoamericana. Pp. 43 -76.

DECH: Corominas, Joan y Pascual José Antonio (1980-1991): Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico. Madrid: Gredos.

DOMINGO, Rafael (2006): Principios de derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados. Navarra: Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.

DRAE: Real Academia Española (2001): Diccionario de la lengua española. Madrid: Espasa-Calpe, vigésima segunda edición.

DRYZEK, J.; Honig, B.; y Phillips, A. (2006). The Oxford Handbook of Political Theory. Oxford. University Press. New York. Pp. 524 – 575.

FLORÍA Hidalgo, María Dolores (1996): “De rebus dubiis”, Boletín de la Facultad de Derecho de la Maria do Carmo Henríquez et al. La fórmula in dubio en la jurisprudencia actual Revista de Llengua i Dret. 62 (22). Pp. 23-27

GÁRATE Castro, Javier (1982): “El principio ‘in dubio pro operario’ (Notas jurisprudenciales para su estudio)”, Revista de Política Social nº 135. p. 181.

Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino (1995): Diccionario de Derecho Romano. Madrid: Reus.

MANS Puigarnau, Jaime M. (1979): Los Principios Generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos, con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Barcelona: Bosch.

PEREIRA-Menaut, Gerardo (2010): Tópica. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas. Madrid, Alcobendas: Rasche.

Roxin, Claus. (1962). Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Recuperado el 24 de Septiembre de 2016. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/304730854/1-Politica-Criminal-y-Sistema-Del-Derecho-Penal-Roxin-2>

SANCHEZ VELARDE Pablo, “Manual De Derecho Procesal Penal”, IDEMSA 2004. Pág. 691.

Sentencia su.1184/2001. Consultada el día 5 de Diciembre de 2016. Disponible en: <http://vlex.com.co/tags/sentencia-su-1184-2001-849494>

Corte Constitucional, Sentencia T-806,2000. Consultada el día 5 de Diciembre de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-806-00.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-878/00. Consultada el día 5 de Diciembre de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-878-00.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-358/97. Consultada el día 6 de Diciembre de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm>