

Implicaciones procesales por ausencia en la Ley 906 de 2004 de requisitos de sustentación
para el traslado por competencia a la Justicia Penal Militar

Autor

Ángela Patricia Salamanca Beltrán

Código 3000947

Dirigido por

Ms. Mauricio Henao Bohórquez



Universidad Militar "Nueva Granada"

Facultad de Derecho, Coordinación de Posgrados

Maestría en Derecho Procesal Penal

Bogotá D.C.

2020

Contenido

Resumen	4
Abstract	5
Introducción	6
Descripción del problema	8
Pregunta de investigación	9
Justificación de la investigación	9
Objetivos de la investigación	11
Objetivo General	11
Objetivos específicos	11
Metodología de la investigación	12
1. Jurisdicción y competencia	14
Distinción y concepto	14
Desarrollo histórico de la competencia penal en Colombia	17
La relevancia procesal de la competencia: el debido proceso	23
2. Controversias en materia de competencias: Caso Dilan Cruz	26
3. Caso de estudio: la competencia de la JPM y el traslado por competencia por parte de la Fiscalía	31
La justicia penal militar	31
El traslado por competencia de diligencias por parte de la Fiscalía a la Justicia Penal Militar	36
Implicaciones procesales con ocasión de la ausencia de requisitos expresos para el trámite por competencia ante la Justicia Penal Militar	43
Respecto de los principios de economía y celeridad procesal	43
Respecto del debido proceso	45
Respecto a las víctimas	46
Sustento de la existencia real del problema de estudio	50
Conclusiones	51
Bibliografía	52

Índice de tablas

Tabla 1. Poderes de la jurisdicción (a partir del texto de Devis Echandía).....	16
Tabla 2. Evolución normativa en Colombia asociada al fuero penal militar	32
Tabla 3. Comandantes con atribuciones jurisdiccionales según el Decreto 2550 de 1988	34

Resumen

El poder punitivo del Estado colombiano en materia penal se materializa en cada una de las jurisdicciones establecidas por la Constitución Política y desarrolladas en cada una de las normas penales y de procedimiento, las cuales se aplican de acuerdo a criterios objetivos y subjetivos cuya diferenciación inicia su recorrido en la misma Norma Rectora. Producto de lo anterior se establecen la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción penal militar, esta última a cargo de la materialización de la actuación penal de acuerdo a la distribución de competencias específicas que operan frente a delitos cometidos por miembros de la fuerza pública cuando sus conductas pueden considerarse ajustadas a los criterios de un delito relacionado con el servicio.

La actividad de la Jurisdicción Penal Militar y sus órganos competentes ha sido objeto de debates por la controversia que se genera respecto de la misma en los espacios sociales y en los estrados judiciales, controversia que se exagera innecesariamente debido a un vacío normativo que permite el cambio de competencias sin exigir el cumplimiento de requerimientos necesarios como la argumentación fáctica, jurídica y probatoria que sustente la decisión, vacío legal que opera en contra de principios procesales como la celeridad y la economía procesal, el debido proceso, y los derechos que le asisten a las víctimas en el marco del proceso penal.

Palabras Clave: Debido proceso, competencia, jurisdicción, jurisdicción penal militar, principios procesales, víctimas.

Abstract

The punitive power of the Colombian State in criminal matters is materialized in each of the jurisdictions established by the Political Constitution and developed in each of the criminal and procedural norms, which are applied according to objective and subjective criteria whose differentiation begins its journey in the same Governing Standard. As a result of the above, the ordinary criminal jurisdiction and the military criminal jurisdiction are established, the latter in charge of the materialization of criminal proceedings according to the distribution of specific powers that operate against crimes committed by members of the public force when their conduct they can be considered to meet the criteria of a service-related offense.

The activity of the Military Criminal Jurisdiction and its competent bodies has been the subject of debates due to the controversy that is generated regarding it in social spaces and in the judicial courts, a controversy that is unnecessarily exacerbated due to a regulatory vacuum that allows change of competences without demanding the fulfillment of necessary requirements such as factual, legal and evidentiary argumentation that supports the decision, a legal vacuum that operates against procedural principles such as speed and procedural economy, due process, and the rights that assist you the victims in the framework of the criminal process.

Keywords: Due process, competence, jurisdiction, military criminal jurisdiction, procedural principles, victims.

Introducción

En las siguientes páginas se realizará un análisis sobre un vacío jurídico que a juicio de quien escribe presenta la norma procesal penal colombiana (Ley 906 de 2004) respecto de una de las facultades que tiene la Fiscalía General de la Nación tras tener conocimiento de manera oficiosa o mediante denuncia, de hechos que revisten las características de un delito, y en los cuales se encuentra inmerso un funcionario de la Fuerza Pública, facultad que se estaría materializando sin agotar requisitos de procedibilidad, no por falta de diligencia de la Fiscalía sino porque la referida norma procesal no realiza un requerimiento expreso al respecto, como si lo hace frente a otras facultades que le asisten a dicho funcionario judicial como son la de disponer el archivo de las diligencias, solicitar al juez de conocimiento la preclusión del proceso o presentar la imputación.

Concretamente se trata de la facultad por medio de la cual el fiscal que conoce inicialmente la causa dispone el trámite de las diligencias que llegaron a su conocimiento con destino a la jurisdicción Penal Militar, para que ésta, a través del juez de instrucción penal militar, asuma la competencia respecto del recaudo probatorio. Dicha disposición de la fiscalía, al no encontrarse soportada en argumentos facticos, jurídicos y probatorios que generen certidumbre sobre los criterios, se itera, porque la Ley 906 de 2004 no los exige expresamente, representa una serie de implicaciones negativas que como se explicará en la parte final del trabajo, operan en contravía de principios como la economía y la celeridad procesal, el debido proceso y la más importante sin duda, el derecho de las víctimas.

Con el propósito de construir una visión completa del problema objeto de estudio, se realizará una aproximación conceptual a los conceptos de jurisdicción y competencia

explicando la distinción puntual que existe entre uno y otro concepto, la manera como estos han evolucionado en la historia colombiana y la relación iusfundamental que el mismo tiene con el debido proceso como parámetro procesal superior, apartado en el que se hará mención a la ineficacia procesal que se presenta en un proceso cuando dichas figuras no se aplican en debida forma.

También se describirán (teniendo como caso objeto de análisis el proceso penal originado con ocasión del fallecimiento en un operativo policial del joven Dilan Cruz), las controversias que en materia de competencias se presentan cuando ocurren hechos con características de delito que involucran funcionarios de la fuerza pública, debate que se desarrolla tanto en el campo de la opinión pública como en los estrados judiciales y el cual, al no ser debidamente resuelto genera un impacto negativo para el impulso procesal al tiempo que disminuye la credibilidad en el aparato judicial, por las consecuencias ralentizadoras que de él se desprenden.

A partir de dicho ejemplo se revisaran aspectos relacionados con la justicia penal militar, la manera cómo ha evolucionado esta jurisdicción que pasó de ser un simple medio de coerción contra las deserciones militares y más adelante en la historia un medio de represión ciudadana, a convertirse en una jurisdicción con un fuerte soporte constitucional cuya legitimidad ha sido reconocida incluso en los espacios de controversia internacional, valores que se ven indirectamente afectados con ocasión del vacío jurídico al que se hace mención.

Descripción del problema

El poder punitivo del Estado cuenta con una serie de reglas expresamente contempladas en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) por medio del cual, se busca garantizar principios asociados a derechos fundamentales, como el debido proceso del cual son tan destinatarios los procesados como las víctimas, así como otros de orden procesal como los de economía y celeridad. El cumplimiento de dichas reglas representa un equilibrio en la aplicación del ius puniendi que fortalece el aparato judicial y perfecciona el servicio público de administración de justicia penal.

Pese a ello, circunstancias propias del devenir procesal contemporáneo permitieron visualizar un vacío legislativo que concretamente corresponde a la ausencia de reglas o requerimientos de procedibilidad para que el Fiscal de la jurisdicción ordinaria que conoce un hecho con características de conducta punible, disponga el traslado de tales diligencias ante la jurisdicción penal militar para que asuma la investigación de los hechos a través de la competencia que para dicho efecto se delega en un juez de instrucción penal militar, decisión que muchas veces resulta equivocada ya que al iniciar la investigación en esta última jurisdicción se establece que los hechos no se adecuan a los parámetros contemplados en los artículos 1° y 2° de la Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar); en otras palabras, el presunto implicado, por la naturaleza del acto o las circunstancias fácticas que lo rodearon, no goza del fuero penal militar y debe ser investigado por la jurisdicción ordinaria.

Lo explicado desemboca en una serie de trámites innecesarios que ralentizan el procedimiento penal, generan un impacto presupuestal innecesario en el desarrollo del mismo

y afectan el debido proceso que se debe garantizar tanto al procesado y más aún de la víctima o víctimas del presunto punible.

Pregunta de investigación

Explicado el problema objeto de estudio, resulta plausible plantear el siguiente cuestionamiento ¿Qué implicaciones tiene para el proceso, para el procesado y para las víctimas, la ausencia de requisitos expresos en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), que regulen el deber de sustentar fáctica, jurídica y probatoriamente la remisión por competencia que realiza el fiscal de la jurisdicción ordinaria para que la Justicia Penal Militar asuma la investigación del hecho de acuerdo a lo contemplado en los numerales 1° y 2° de la Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar)?

Justificación de la investigación

Mientras se realizaban los últimos ajustes al presente trabajo, se presentaba una problemática social que guarda íntima relación con la problemática de estudio, se trata del lamentable fallecimiento del estudiante de derecho Javier Humberto Ordoñez Bermúdez durante el desarrollo de un procedimiento policial, circunstancia que al igual que un evento anterior de igual trascendencia social fue el fallecimiento, del joven Dilan Cruz también en el marco de un procedimiento policial, desatando una gran controversia respecto a si la competencia sobre estos hechos debe ser asumida por la Justicia Penal Militar o por la Justicia Penal Ordinaria.

Claramente se trata de una controversia real que debe animar a la revisión de los aspectos procesales contenidos en la norma procesal (Ley 906 de 2004) y que puedan tener incidencia

para que la disposición definitiva que al respecto se tome no opere en contra de la naturaleza del procedimiento penal, los procesados y las víctimas; así mismo para que el procedimiento penal se desarrolle con un riguroso apego a los principios de celeridad, economía y respeto por el debido proceso, alejándose en consecuencia del riesgo de impunidad que desdibuja la labor de todo el aparato de justicia del Estado.

Identificar y sustentar argumentativamente las falencias que al respecto puedan existir en la referida norma, no sólo puede considerarse un valioso ejercicio académico, sino también una contribución a la academia para el fortalecimiento del aparato de justicia colombiano, intención que justifica este o cualquier otro trabajo investigativo de la misma naturaleza, más aún en coyunturas sociales y políticas como las actuales en las que la justicia penal adquiere no solo un papel protagónico sino también una responsabilidad histórica por la trascendencia social que adquieren cada una de las decisiones que se tomen en estos escenarios.

Objetivos de la investigación

Objetivo General

Identificar las implicaciones que tiene para el proceso, para el procesado y para las víctimas, la ausencia de requisitos expresos en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), que regulen el deber de sustentar fáctica, jurídica y probatoriamente la remisión por competencia que realiza el fiscal de la jurisdicción ordinaria para que la Justicia Penal Militar asuma la investigación del hecho de acuerdo a lo contemplado en los numerales 1° y 2° de la Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar).

Objetivos específicos

- i. Describir los conceptos de jurisdicción y competencia desde su distinción conceptual, su desarrollo histórico en Colombia y la relevancia procesal que tienen en el proceso.
- ii. Enunciar las controversias que se dan alrededor de la determinación de la jurisdicción que debe asumir a través de sus delegados, la competencia investigativa de un hecho con características de delito en el que se encuentre inmerso un integrante de la Fuerza Pública.
- iii. Analizar la decisión de traslado por competencia que realiza la Fiscalía General de la Nación con destino a la Justicia Penal Militar partiendo de la naturaleza de esta última jurisdicción y las implicaciones procesales de dicha determinación.

Metodología de la investigación

Para cumplir con los objetivos del presente trabajo se ha acudido a una metodología de investigación cualitativa orientada a profundizar en aspectos específicos (conceptos bibliográficos sobre cada una de las temáticas) que permitan describir un fenómeno jurídico a partir de rasgos determinantes según la percepción que se ha obtenido a partir de los elementos que integran la situación estudiada (Bernal, 2006, pág. 57). Lo anterior encuentra sustento en el enfoque del ejercicio académico que requiere para su mayor comprensión el estudio de variables cualitativas (normatividad, criterios de competencia y jurisdicción, garantías procesales, derechos de las víctimas) que no pueden ser medidos mediante indicadores cuantitativos (Tafur & Izaguirre, 2016, pág. 189) sino que deben estudiarse a partir de criterios jurídico nacionales contenidos en la Constitución Política de Colombia, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional.

Por otro lado y siguiendo la línea de Tafur & Izaguirre (2016) el tipo de investigación a desarrollar es de tipo no experimental descriptiva, esto en virtud a que el propósito se concentra en enunciar una serie de características de la temática o fenómeno estudiado (Tafur & Izaguirre, 2016, pág. 191), descripción que, tratándose de un análisis jurídico se desarrollará mediante el método de interpretación sistemático que se ocupa de verificar la ausencia en una norma (la Ley 906 de 2004) de requisitos de procedibilidad frente a una disposición de trámite y las implicaciones procesales de la misma, todo ello a partir de la premisa de derecho como sistema y no como elemento normativo aislado (García, 2015, pág. 452).

En aplicación de lo anteriormente expuesto, lo primero que se llevará a cabo es reunir información relacionada con el concepto de jurisdicción y competencia, su historia, sus implicaciones procesales con los cuales se realiza un descripción de la jurisdicción penal militar, la manera como la misma ha evolucionado a lo largo de la historia republicana hasta su necesaria amalgama con la Constitución Política de 1991 y con los nuevos escenarios del derecho penal moderno.

Posterior a ello se pasará a realizar un análisis sobre controversias asociadas al cambio de jurisdicción (penal ordinaria a penal militar) que corresponden a la exposición de motivos tanto de los tribunales, los interesados e intervinientes en el proceso e incluso la opinión pública a través de los medios de comunicación. Por último se analizarán las implicaciones que una medida de esta naturaleza puede tener para el proceso, para el procesado y para las víctimas.

Implicaciones procesales por ausencia en la Ley 906 de 2004 de requisitos de sustentación para el traslado por competencia a la Justicia Penal Militar

1. Jurisdicción y competencia

Distinción y concepto

Al hablar de jurisdicción y competencia suele incurrirse en confusión al considerar que los dos términos aluden al mismo asunto, imprecisión que puede atribuirse a la cercanía que tienen los dos términos con el principio general del debido proceso regulador de todas las actuaciones judiciales y administrativas en el ordenamiento colombiano según lo contempla el artículo 29 del ordenamiento superior colombiano (Const. 1991); sin embargo se trata de conceptos que aunque complementarios guardan una distancia conceptual entre sí que vale la pena aclarar.

El órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria explica que la Jurisdicción es la manifestación concreta de soberanía estatal respecto al deber de administrar justicia en el territorio nacional lo que, en principio, la haría única e indivisible pero que en virtud de la Constitución del 91 se subdividió en ordinaria, contencioso administrativa, constitucional, así mismo las de aspecto funcional especial de los pueblos indígenas, penal militar, y labores determinadas asignadas a autoridades de otras ramas y excepcionalmente a particulares; por otro lado, refiriéndose a la competencia indicó que corresponde a la forma en que se distribuyen los asuntos atribuidos a jueces de una misma especialidad a partir de normas procesales y reglas específicamente establecidas para ello (Corte Suprema de Justicia, s.f.).

Autores como Agudelo (2007) amplían aún más el criterio de distinción partiendo de las acepciones utilizadas al hablar de jurisdicción entre las cuales se encuentra la relacionada con el límite territorial en el que se ejercen determinadas funciones por parte de órganos del Estado o el espacio geográfico en el que se despliega cierto poder lo que le otorga similitud con el concepto de competencia; sin embargo, añade, la jurisdicción tiene como atributos el ser abstracta, única e inclasificable, mientras que la competencia es por naturaleza concreta y clasificable, de modo que esta presupone la existencia de aquella (Agudelo R. M., 2007, págs. 1-2).

Realizada un primer acercamiento a la distinción entre los dos conceptos, esto es, que la competencia es un resultado de la jurisdicción, vale la pena iterar en lo que tiene que ver con el concepto de esta en sentido estricto que en palabras de Devis Echandía corresponde a la facultad de administrar justicia como función pública que se encomienda a un órgano del Estado, cuya finalidad es la realización o declaración del derecho acorde a lo dispuesto en la ley respecto a casos concretos, sentido que le otorga los atributos de (i) autonomía (cada estado la ejerce soberanamente), (ii) exclusividad (el Estado prescindiendo de otros Estados y no puede ser ejercida por particulares) y (iii) independencia (con relación otros órganos estatales y los particulares) (Devis, 2009, pág. 77).

Precisa además el mismo autor, que la jurisdicción tiene tres elementos, el subjetivo integrado por el juez o tribunal, las partes y los terceros que intervienen en el proceso (cuando este ya está formado); el elemento formal que tiene que ver con todo aquello que le da forma, a saber, el procedimiento que se debe seguir y las normas que para ello se encuentran en el código procesal aplicable a cada caso; finalmente, un elemento material que responde al para qué, es decir, se trata de los fines y funciones de cada proceso (Devis, 2009, pág. 79), siendo

este último el que genera mayores controversias sobre las cuales se hablará en el capítulo posterior. La siguiente tabla ilustra los poderes otorgados a las autoridades encargadas de ejercer la jurisdicción en sentido estricto (jueces y magistrados) que según el autor son de cuatro tipos (Devis, 2009, págs. 85-87).

Tabla 1. Poderes de la jurisdicción (a partir del texto de Devis Echandía)

De decisión	Dirime con fuerza obligatoria la controversia, conceden o niegan lo solicitado, posibilidad de <u>constituir la figura jurídica de cosa juzgada</u>
De coerción	Remueve los obstáculos para el desarrollo de la función y procura los elementos necesarios para el juicio garantizando la eficacia de la función judicial.
De documentación	Facultad para decretar y practicar pruebas (en materia penal generalmente de oficio y en materia civil solo bajo autorización de la ley).
De ejecución	Impone el cumplimiento de un mandato claro y expreso derivado de una sentencia o de título obligacional cuando la ley le otorgue tal mérito

Fuente. Elaboración propia.

Surtida la descripción de jurisdicción corresponde realizar precisiones sobre la competencia cuya función según Devis (2009) es la de reglamentar el ejercicio de la jurisdicción dentro de cada rama jurisdiccional, añadiendo además citando a Carnelutti que la jurisdicción es el género y la competencia es la especie por medio de la cual se otorga a cada juez el poder de conocer sobre determinada porción de litigios, e indicando también que la misma se debe considerar desde dos puntos de vista (i) el objetivo (causas sobre las cuales, de acuerdo a la ley puede el juez ejercer su jurisdicción) y (ii) el subjetivo (facultad conferida al juez para ejercer jurisdicción dentro de los límites de dicha atribución) (Devis, 2009, pág. 115).

Desemboca lo anterior en una serie de reglas de distribución que obedecen a cinco factores de necesaria observancia a la hora de fijar la competencia: (i) el objetivo derivado de la naturaleza del pleito o la relación jurídica objeto de demanda, (ii) el subjetivo que opera en

observancia a la calidad o cualificación pública de las personas (naturales o jurídicas) que hacen parte del juicio, (iii) territorial sujeto a la circunscripción espacial en la que el juez puede ejercer su jurisdicción, (iv) funcional, derivado de la clase especial de funciones que ejerce un juez dentro de un proceso (verbo y gracia, garantías, conocimiento, instrucción, etc.), y (v) conexidad, regla modificadora de competencia cuando se acumulan pretensiones en una misma causa y un juez no es competente para conocer de todas ellas (Devis, 2009, págs. 117-118).

Desarrollo histórico de la competencia penal en Colombia

Algunos de los primeros antecedentes sobre competencia penal se encuentran en la cultura griega concretamente en las legislaciones atenienses de Dracón (Siglo VII a.C.) y Solón (siglo VI a.C.) que atribuyeron competencias específicas de conocimiento al consejo de ancianos o Areópago quienes tenían amplias atribuciones políticas, sacerdotales y judiciales éstas últimas de carácter inquisitivo, circunstancia que se modificó con las reformas democráticas de Solón, por medio de las cuales se creó el tribunal popular integrado por varones mayores de 30 años que a la hora de juzgar se dividían en secciones en un contexto dispositivo de acción (el proceso se mantenía mientras persistiese la acusación) con una segunda instancia erigida cuando se impugnaban los pronunciamientos del magistrado evento en el que el pueblo se constituía en tribunal, figura que se declaró permanente en el siglo V a.C. cuando éste asume directamente la facultad de administrar justicia en temas criminales o en temas residuales que escapan a la competencia del Areópago (Espitia, 2015, pág. 2).

Los romanos por su parte, durante la época monárquica (754-509 a.C.) limitaron la competencia penal en el rey como supremo jefe religioso y civil; posteriormente, en el periodo republicano (509-27 a.C.) se evidencia la intervención de un magistrado dotado de mando militar (*imperium*) facultado incluso para imponer la pena de muerte en ciertos eventos. Luego, a partir del siglo III a.C. se estableció un sistema de leyes que confiaron el juzgamiento en jueces presididos por el pretor (*quaestiones perpetuae*) aunque éstos solos podían pronunciarse sobre la inocencia o la culpabilidad del acusado, careciendo en contraste, de facultades para determinar o dosificar sanciones ya que estas estaban previamente establecidas en la *lex* (Espitia, 2015, págs. 4-6).

Las continuas pugnas territoriales que se dieron al inicio del medioevo entre francos, galios, merovingios, carolingios, germánicos y otros, no dejaron generar instituciones destacables relacionadas con la competencia, destacándose solamente el edicto emitido por el rey visigodo Eurico que dominó Hispania (476 d.C.) en el que adoptó algunas tradiciones procesales germánicas, siendo más claras en términos de competencia las disposiciones del rey Recesvinto quien promulgó la Ley de los Visigodos o Libro de los Juicios (654 d.C.) que organizó el poder penal como una función pública impidiendo el derecho de venganza privada y las prácticas de duelo o desafío, además de incorporar del legado romano la distinción entre acusación privada (*querella*) y la persecución oficiosa, diferencias punitivas en razón de la condición social de los autores (criterio subjetivo) y el carácter personal e intransferible de las penas (Espitia, 2015, págs. 11-12).

Más adelante vendría la reconquista cristiana, que generó avances notorios en temas de jurisdicción y competencia especialmente en España donde el derecho penal y procesal penal creó los “fueros municipales” de allí que algunos pueblos como Béjar, Usagre y Salamanca

aplicaban las ordalías (juramento, aguas calientes, hierro rojo y juicio de batalla); en contraste, Palenzuela, Caparroso y Palencia prohibieron expresamente dichas prácticas; así mismo, los asuntos penales fueron abordados principalmente por la ley de las Siete Partidas (1263) que entregó competencias de juzgamiento y penalización específicas verbo y gracia la herejía que era juzgada por el tribunal eclesiástico que de hallar responsabilidad podía condenar a hoguera destierro o cárcel (Espitia, 2015, págs. 13-14).

Finalizada la edad media y concretamente en la conquista, se destacan las competencias de ultramar que se establecieron en América a través de las Reales Audiencias de Indias (1680), siendo las más relevantes las virreinales en las que se aplicaban, por parte de presidentes, gobernadores, generales y oidores, las pautas procesales que en su mayoría tenían como fuente las Siete Partidas y la Recopilación de Indias (Espitia, 2015, pág. 14).

Vendría posteriormente el Iluminismo en el que las garantías procesales empiezan a sustentarse más que nada de la fuerza y validez de un pacto político, que no en la voluntad del soberano, de allí que se empiece a someter el poder del magistrado a la supremacía de la ley, concediéndole a las formas procesales una función de garantía, proscribiendo las prácticas inquisitoriales y exigiendo la motivación de las sentencias, contexto en el que adquieren relevancia las ideas de Cesare de Beccaria (1764) que promovían la legalidad de las penas, la necesidad de testigos y la exigencia de un proceso público (Espitia, 2015, pág. 14).

Ya en lo que tiene que ver con el escenario colombiano se destacan las disposiciones del Congreso de Angostura (1819) que facultaban, previo concepto del poder judicial, al presidente de la república para mitigar, conmutar e incluso perdonar penas aun cuando fueran penas capitales, decisión que ocasionó uno de los primeros casos de caos legislativo o

colisión de competencias en la naciente república pues en abril de 1826 se profirió la ley que declaraba válidas las sentencias de los tribunales que se establecieron en las provincias independientes al inicio de la transformación política (Velasquez, 2018, pág. 262).

La Constitución de 1821, producto de la primera etapa centralista y resultado de la breve unión entre la Nueva Granada, Venezuela y Ecuador en la República de la Gran Colombia, otorgó la atribución de aplicar leyes en asuntos civiles y criminales a la Alta Corte de Justicia integrada por cinco ministros o magistrados con funciones vitalicias quienes tenían función de conocimiento sobre negocios contenciosos de embajadores, ministros, cónsules o agentes diplomáticos, así como de controversias respecto de los tratados y de dirimir competencia que se generaran en los tribunales superiores; así mismo, se creó el Consejo de Estado (aunque con funciones de asesoría del gobierno). Más adelante, la Constitución de 1830 estableció la pirámide del Poder Judicial, integrada en orden de superioridad por la Alta Corte de Justicia, las Cortes de Apelación, los tribunales y los juzgados (De Zubiría, 2012, pág. 155).

Con la promulgación de la Constitución de 1832 luego de que se separaran Venezuela y Ecuador, el país adquiere el nombre de República de la Nueva Granada, mantiene el Consejo de Estado (como parte del Poder Ejecutivo) integrado por siete consejeros elegidos por el Congreso, la Corte Suprema dentro de sus competencias en materia penal tenía la de conocer las causas criminales iniciadas por la conducta del presidente y el vicepresidente; así mismo, se dividió el país en distritos judiciales (De Zubiría, 2012, pág. 156).

El cambio más representativo que se daría en materia de competencias durante el siglo XIX se presenta durante la época federal (1858 – 1886) representado en que la Constitución de 1858 que formalizó la Confederación Granadina estableció que el Poder Judicial se

conformaría por el Senado, la Corte Suprema, los tribunales y los juzgados. En cuanto al Senado, a éste se le atribuyeron las funciones judiciales (previa acusación de la Cámara de Representantes o del Procurador General), de conocer las causas de responsabilidad contra el Presidente de la Confederación o quien le supliera en el cargo, los secretarios de Estado, el procurador general y los magistrados de la Corte Suprema (De Zubiría, 2012, pág. 159).

En 1863, año de la consolidación del esquema federal amén de la declaración de los Estados Soberanos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima creados entre febrero de 1855 y septiembre de 1861 y unidos en esta nueva Norma Rectora que proclamó la Nación libre, soberana e independiente de “Estados Unidos de Colombia” (Gutiérrez, 2016, pág. 89), y en la que se formaliza la competencia constitucional sobre los militares, según lo señalaba el inciso segundo del artículo 69: *“los juicios por delitos y faltas militares de las fuerzas de la Unión, son de competencia del Poder Judicial nacional”*, poder judicial que conforme al inciso primero de la norma ídem se ejercía por el Senado, la Corte Suprema Federal, los tribunales y juzgados de los Estados y los establecidos en territorios regidos por legislación especial (Función Pública, s.f.)

La Constitución de 1886 restablece el modelo centralista y tiene como elemento novedoso en términos de competencia la atribución otorgada en su artículo 170 a las Cortes Marciales o Tribunales Militares para conocer de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el servicio (Función Pública, s.f.), disposición que marcaría el inicio del denominado fuero penal militar que tantas controversias suscita en la actualidad sobre las cuales se hará mención más adelante.

Con la reforma constitucional de 1979 durante el gobierno de Julio César Turbay Ayala y con iniciativas de congresistas como Álvaro Gómez Hurtado, Jaime Castro y Humberto Críaes, se presenta un nuevo cambio relacionado con la competencia al crear la Fiscalía General de la Nación, quien junto al Procurador General de la Nación integrarían el Ministerio Público, atribuyéndole al primero, las facultades de persecución de delitos (de manera oficiosa o mediante denuncia) así como la acusación de los infractores ante las autoridades judiciales competentes, germinando así el sistema acusatorio colombiano que tardaría más de tres décadas en instituirse definitivamente en el país; el Procurador General por su parte, estaría a cargo de supervigilar la administración pública, representar judicialmente los intereses nacionales y defender los derechos humanos y el patrimonio del Estado (Henaó H. J., 2013, págs. 104 - 107).

Las competencias tras la Constitución del 91 vendrían a ser aún más concretas y especializadas, desprendiéndose por supuesto, de las correspondientes jurisdicciones creadas en la misma como son la jurisdicción ordinaria encabezada por la Corte Suprema de Justicia, la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cabeza del Consejo de Estado, la Jurisdicción Constitucional a cargo de la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura con competencias específicas entre otros asuntos, de la administración de la carrera judicial, vigilancia de la conducta de los funcionarios de la Rama Judicial y abogados en el ejercicio de su profesión y dirimir conflictos de competencia entre jurisdicciones; finalmente, la Fiscalía General de la Nación como responsable de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos con características de delito que fueren de su conocimiento (De Zubiría, 2012, págs. 171 - 173).

La relevancia procesal de la competencia: el debido proceso

La competencia es un criterio jurídico de suma relevancia en materia procesal particularmente por su estrecha relación con el derecho fundamental contemplado en la Norma Rectora del 91 que en su inciso segundo niega la posibilidad de que se realicen juicios por jueces o tribunales que carezcan de competencia y sin atender las formalidades establecidas por la ley procesal para el respectivo juicio (Const., 1991, art. 29), concepto que se ha ampliado vía jurisprudencial mediante pronunciamientos que lo califican como todas aquellas garantías cuya finalidad es sujetar las actuaciones tanto de autoridades judiciales como administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental con el fin de proteger los derechos de quienes comparecen en calidad de involucrados ante las mismas (Corte Constitucional, Sentencia T-458, 1994).

Así, el debido proceso no solo es un derecho sino un pilar propio del Estado Social de Derecho pues opera como garantía para las libertades ciudadanas, contrapeso al poder del Estado, especialmente el *ius puniendi* (Corte Constitucional, Sentencia C-083, 2015), a partir de lo cual racionaliza el ejercicio del poder público y privado mediante la garantía de (i) definición de los elementos básicos de la relación jurídica, (ii) identificación de la autoridad como tercero imparcial competente, (iii) determinación de medios jurídicos de controversia (acciones o recursos), (iv) conocimiento por parte de los interesados tanto de los elementos estructurantes de la relación jurídica como de los remedios jurídicos de protección de sus derechos, y (v) efectivo ejercicio de las herramientas jurídicas de defensa (Fierro, 2016, pág. 61).

La competencia también hace parte de los criterios del debido proceso regulados por el derecho internacional, resaltados entre otros en el principio de juez regular (equivalente al juez natural) contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en la que, además de establecerse el deber de los Estados de garantizar que todas las personas cuenten con el derecho a ser escuchadas, cumpliendo las debidas garantías y en el plazo razonable “por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley” en todos aquellos actos de sustanciación en casos de acusaciones penales que se formulen contra las mismas, cumpliendo para ello con los criterios de competencia (capacidad otorgada por la ley a los jueces para conocer determinadas causas), independencia (juez no subordinado a ninguna de las partes), imparcialidad (juez como tercero neutral entre las partes), establecimiento anterior (designación previa que hace la Ley para que el juez o tribunal conozca determinados asuntos) (Rodríguez, 2019, pág. 1316).

Dicha figura, la del juez natural, fue descrita es descrita por Agudelo (2004) quien citando a Ferrajoli la define como la garantía por medio de la cual se protege el régimen de competencias siendo estas las medidas de jurisdicción de que cada juez es titular, lo que supone una ley previa que predetermine dichos criterios de manera vinculante y rígida evitando cualquier elección posterior al acto, añadiendo además que el principio se sujeta a tres realidades (i) necesidad de juez preconstituido por la ley, (ii) inderogabilidad e indisponibilidad de la competencia, y (iii) prohibición de jueces extraordinarios o especiales (Agudelo, 2004, pág. 93). Por supuesto, la inobservancia de dichas prescripciones se sanciona mediante mecanismos de represión personal (se concreta sobre quien las omite) o mediante consecuencias procesales como la de considerar que determinado acto es nulo y en consecuencia carente de eficacia (Espitia, 2015, pág. 393).

La relación debido proceso – juez natural ha sido incluso objeto de estudio por parte de movimientos internacionales de activa intervención en materias como los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario como lo es Amnistía Internacional. Al respecto, el documento “Juicios Justos” del mencionado colectivo explica que el derecho a un proceso justo es aplicable a todos los tribunales incluyendo los militares, aclarando que su competencia debe restringirse a los juzgamientos de miembros de las fuerzas armadas por faltas relacionadas con su disciplina militar, sin que se extienda dicha competencia a los delitos o faltas con personas civiles, los relacionados con la violación a los derechos humanos o crímenes de derecho internacional (Amnistía Internacional, 2014, pág. 238).

Más adelante agrega el texto que la regla determinante sobre si los procedimientos penales que se llevan a cabo en un tribunal militar son justos, se debe partir de un análisis que evalúe (i) si la jurisdicción del tribunal se ajusta a las leyes nacionales en concordancia con las normas internacionales, (ii) que el tribunal no se encuentre sometido a intromisiones de superiores ni a influencias externas, (iii) que cuente con la debida capacitación judicial para administrar justicia debidamente, (iv) que los jueces sean considerados competentes, independientes e imparciales y (v) que el acusado goce de las mínimas garantías dispuestas por las normas internacionales sobre juicios justos (Amnistía Internacional, 2014, pág. 242).

En resumen, desde la visión internacional y también desde el derecho nacional, es reconocida la legitimidad respecto de la existencia de los tribunales militares y en gran medida lo consideran una garantía necesaria dada la naturaleza especial del servicio que desarrollan este tipo de funcionarios estatales que requieren que el juicio de valoración no se dé solo a partir de la norma sino del conocimiento de la naturaleza propia de su función que es lo que garantiza en suma los tribunales integrados por militares de cada fuerza.

2. Controversias en materia de competencias: Caso Dilan Cruz

En el capítulo anterior se realizó una descripción conceptual relacionada con la distinción entre jurisdicción y competencia estableciendo el rasgo distintivo que existe entre uno y otro término, se realizó una breve descripción histórica sobre la manera en que ha evolucionado la competencia penal en el ordenamiento constitucional y legal colombiano y se hizo una mención a la relación estrecha que existe entre la competencia y la premisa fundamental del debido proceso que es lo que le otorga relevancia a este criterio como esencial del derecho procesal penal.

Corresponde al presente apartado realizar una mención sobre la controversia que desata en la actualidad el ejercicio de la competencia penal que ocupa los terrenos de la opinión pública y los estrados judiciales. En uno y otro escenario se han presentado diversidad de posiciones respecto a casos específicos que conllevan a reflexionar sobre la importancia de garantizar que las reglas de juego en materia de competencia sean suficientemente claras (deber que le asiste al legislador) y que las mismas sean aplicadas de manera estricta por parte de los operadores judiciales.

Uno de los escenarios de controversia en materia de competencias se desarrolla fuera de los estrados judiciales en un campo que los sociólogos han denominado como el de la justicia mediática, aquella que representa un modelo particular de investigación que define, enjuicia y castiga periodísticamente y de cara a la opinión pública no solo a los presuntos autores de conductas punibles sino al mismo aparato de justicia estatal a ésta última cuestionándola, interpelándola y presionándola (Fernández, 2018, pág. 728), circunstancia que contribuye a

polarizar la opinión respecto a la labor de los operadores penales a voluntad de determinados sectores de opinión.

Un claro ejemplo de este fenómeno se ha evidenciado en un asunto que, por sus características, se considera, guarda estrecha relación con el objeto del presente estudio, a saber, el caso del lamentable fallecimiento del estudiante Dilan Cruz ocurrido el pasado 23 de noviembre de 2019 durante el desarrollo de un operativo de control de multitudes en el centro de la ciudad de Bogotá. Sobre dicho particular no ha existido pronunciamiento de fondo por parte de la justicia colombiana; sin embargo, no han sido escasos los juicios de valor que al respecto se han presentado en redes sociales y en medios de comunicación donde se han realizado múltiples acusaciones en contra del Estado e incluso lo que podría considerarse un acto de prejuzgamiento puntualmente dirigido en contra de la Justicia Penal Militar.

Dicho debate de opinión se ha trasladado a los estrados judiciales en los que la defensa de los familiares de la víctima han interpuesto acciones cuya pretensión de fondo es que el proceso no sea asumido por la mencionada jurisdicción sino que el conocimiento del mismo sea avocado por la justicia ordinaria, controversia que fue dirimida mediante decisión del pasado 14 de abril de 2020 por medio de la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del magistrado Eugenio Fernández Carlier dispuso que se tutelara el derecho fundamental al debido proceso a favor de la familia de la víctima, que habría sido vulnerado según la sentencia, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que mediante auto de fecha 12 de diciembre de 2019 dirimió conflicto de competencia entre la Justicia Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar otorgándole a esta última dicha facultad.

Los argumentos de la defensa del apoderado de la familia Cruz se concentraron en que se había presentado violación al debido proceso por parte del Consejo Superior de la Judicatura al haber tomado la decisión, analizando sólo una parte de las pruebas, a saber, los testimonios de cuatro uniformados de la Policía Nacional, sin tener en cuenta otros medios probatorios, consideración controvertida por la Corte Suprema de Justicia, quien dio razón a la parte accionante al considerar que en efecto no se habían tenido en cuenta tanto las entrevistas rendidas por funcionarios del CTI que realizaron actos urgentes, como los testimonios de activistas de derechos humanos y delegados de la administración distrital presentes en el lugar de los hechos que ofrecían una descripción diferente de los hechos a la que en su momento describieron los miembros de la fuerza pública.

Tal circunstancia, en criterio de la Corte, representó un defecto factico por valoración defectuosa del material probatorio por omisión de análisis de elementos de juicio determinantes razón por la que consideró finalmente que se había vulnerado el debido proceso a las víctimas, en virtud de lo cual tutela el derecho, declara la ineficacia del auto de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ordenándole a esta que retome el caso y proceda a analizarlo nuevamente (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STP109785, 2020).

Nuevamente en cumplimiento a lo ordenado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, mediante providencia de fecha 20 de agosto de 2020, Magistrado Ponente Fidalgo Javier Estupiñán Carvajal, procede a dirimir el conflicto positivo de competencias entre la Jurisdicción Militar y la Jurisdicción Penal Ordinaria, atribuyendo el conocimiento del proceso a la Jurisdicción Penal Militar representada por el Juzgado 189 de Instrucción Penal

Militar de Bogotá, haciendo alusión a la Sentencia C- 469 de 2009, con ponencia de Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio también explicó la posibilidad de que, en tareas o misiones propias de la Fuerza Pública, de manera voluntaria o culposa, se alterara radicalmente o se presentaran excesos o defectos de acción que en tal caso corresponde a una desviación de poder capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza, eventos en los que es aplicable el fuero penal militar y el Código Penal Militar (Rad. 2019-02728, 2020, pág. 33).

Terminando los ajustes de este trabajo, se tuvo conocimiento que la mencionada determinación, fue impugnada por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura que alegó a su favor que la Fiscalía no había aportado las mencionadas diligencias para su estudio, circunstancia que justificaba el que no se hubiesen tenido en cuenta los testimonios de personas diferentes a los policiales que estuvieron en el procedimiento, recurso que no prosperó, por el contrario, la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2020 con ponencia del Magistrado Luis Alonso Rico Puerta, reitera orden de revisar el expediente completo por la muerte del joven Dilan Cruz, para dirimir el conflicto entre justicia penal militar y ordinaria, la Sala de Casación Civil insiste en entrega de entrevistas de testigos y ordena a la Fiscalía General de la Nación que remitiera todo el expediente completo para que el Consejo de Estado lo evalúe en su integridad (STC7113-2020, 2020). En conclusión, tras más de nueve meses del hecho, aún no se ha definido la jurisdicción que debe asumir la competencia del caso, desplegar las actividades investigativas, determinar si se reúnen los requisitos facticos, jurídicos o probatorios para formular imputación.

Desde luego, la lección aprendida que deja un caso como el anteriormente estudiado es que las decisiones en materia de competencia deben ser la consecuencia de un ejercicio

sumamente riguroso sobre todo en lo que tiene que ver con la motivación fundada en medios de prueba, no solo pertinentes, conducentes y útiles, sino podría señalarse con base en la anterior cita jurisprudencial, suficientes para la toma de una decisión en tal sentido, exigencia que se incrementa en asuntos de presunta responsabilidad penal que involucran a miembros de la fuerza pública, primero por la controversia social que suele presentarse en estos casos, pero más que nada, por el deber de contribuir a principios como la economía procesal, la celeridad, eficacia y el oportuno acceso a la administración de justicia de las víctimas.

Todo lo anterior representa un riesgo adicional: la impunidad, fenómeno que ha sido objeto también de constantes críticas por parte de la opinión pública pero que visto con objetividad hace parte de la realidad de la justicia colombiana, por lo menos así lo revelan indicadores de observatorios internacionales como los presentados en el informe el Índice Global de Impunidad 2020 que ubica a Colombia en el rango de países con índices de impunidad media con 46,88 superando en niveles de impunidad a países del continente como Costa Rica (39.51 puntos), Estados Unidos (40,21 puntos), Panamá (42.54 puntos), pero a su vez, muy cerca de países con impunidad media alta como Kosovo (47,69 puntos), Palestina (47,79 puntos) entre otros (Universidad de las Americas, 2020, pág. 9).

Desde luego, un escenario de permanente controversia respecto a quien debe asumir la investigación y el conocimiento de un hecho con características de delito en el que se encuentre inmerso un miembro de la fuerza pública, ralentiza el procedimiento penal y lo hace altamente vulnerable a fenómenos como la prescripción de términos, la pérdida de elementos materiales probatorios y evidencia física esenciales para garantizar la certeza absoluta requerida para determinar la responsabilidad o la inocencia, factores que

incrementan la posibilidad de que no se garantice el juicio justo que debe garantizar el apartado de justicia estatal.

3. Caso de estudio: la competencia de la JPM y el traslado por competencia por parte de la Fiscalía

La justicia penal militar

La idea de un juicio especial para quienes portan las armas de un Estado no es novedosa, así lo explica Orjuela (2018) mencionando los antecedentes que existen sobre los juicios que Honorio impulsó para prevenir el alzamiento de los soldados en contra del emperador, los cuales eran adelantados por el Magistrado Militar y en el campo de batalla mediante facultades que la ley 1 del Digesto le confirió facultades los mandos superiores en el mando de batalla para imponer sanciones ejemplares a sus subalternos, modelo que sería replicado en Italia, Macedonia e India donde se dieron los primeros procedimientos sancionatorios bajo un sistema oral y por audiencias (Orjuela, 2018, págs. 18 - 19).

Otros antecedentes descritos por el autor fueron los fueros especiales (comerciantes, clérigos y militares) aplicados en España durante la edad media, la Ley de las Siete Partidas que otorgaba facultades correccionales al jefe militar, disposiciones incorporadas en América luego de la conquista a través de las denominadas Leyes de Indias que se replicaron posterior a la independencia sin que se diera estrictamente un fuero penal militar sino una especie de fuero especial distinto al ordinario, pues aquel solo sería formalizado hasta la expedición del Código Penal Militar de 1859 (Orjuela, 2018, págs. 19 - 20).

Tabla 2. Evolución normativa en Colombia asociada al fuero penal militar

NORMA	CONTENIDO
Ley 1ª de 1821	Crea la figura del auditor de guerra bajo el imperio de la función judicial pero administrado económicamente por el poder ejecutivo.
Código penal de 1831	Impone penas para el delito de desertión y crea el delito de traición a la patria.
Código Penal Militar de 1859	Primer Código Penal Militar
Ley 35 de 1881	Crea el Código Militar de los Estados Unidos de Colombia, definiendo la composición, distribución y organización de la fuerza pública - incorpora el servicio militar obligatorio.
Constitución Política de 1886	Instituye el Fuero Penal Militar para los integrantes de la fuerza pública que estaría compuesta por “ <i>las fuerzas de tierra, mar y aire</i> ”.
Decretos 484 de 1899 y 212 de 1901	Otórgó competencia a la jurisdicción militar para conocer en “estado de sitio” delitos cometidos por la población civil (se restableció la competencia a la justicia ordinaria mediante la ley 6 de 1903)
Ley 28 de 1905	Desarrollo legislativo formal de la J.P.M., otorgó competencia a esta jurisdicción para conocer delitos comunes cometidos por integrantes del ejército durante la guerra de los mil días.
Decreto Legislativo 02 de 1928	Ordenó a la Justicia Penal Militar juzgar a los protestantes de la zona bananera.
Ley 84 de 1931	Organizó la Justicia Penal Militar y la facultó para castigar a los espías, comerciantes de armas o quienes dañaran elementos de guerra.
Decreto 1426 de 1954	Incluye a la Policía Nacional en el fuero penal militar especial de instrucción y juzgamiento.
Decreto 0250 de 1958	Crea el Nuevo Código Penal Militar e incluye la prohibición de que los jueces de instancia conocieran de asuntos de militares más antiguos – fijó los principios de legalidad, favorabilidad, obligatoriedad y territoriales como pilares de la Justicia Penal Militar.
Ley 41 de 1961	Permite que la parte civil se constituya en víctima dentro del proceso; establece dos tipos de procedimientos: el ordinario para delitos comunes y el especial para delitos militares.
Decreto 2550 de 1988 Código Penal Militar”	Permitía que miembros de la fuerza pública ejercieran al mismo tiempo, funciones de Comando y Jurisdicción (sin requerir título abogado), estas últimas asesoradas por los auditores de guerra encargados de elaborar proyectos de decisión. Sus proyectos y conceptos no eran de forzosa aceptación
Ley 522 de 1999 Código Penal Militar	En su artículo 214 dispuso. como garantía de independencia y autonomía del juzgador, la prohibición expresa de que los miembros de la fuerza pública ejercieran coetáneamente las funciones de comando con las de investigación, acusación y juzgamiento.
Ley 1407 de 2010 Código Penal Militar	Realiza un distinción expresa entre delitos que se relacionan con el servicio y los que no tienen tal relación, excluyendo delitos contrarios al DIH y conductas abiertamente contrarias a la misión constitucional de la fuerza.

Fuente. Elaboración propia.

Dentro de las dinámicas legislativas que evidencian la evolución de la Justicia Penal Militar en las últimas tres décadas se encuentra la que corresponde al tránsito entre el Decreto

2550 de 1988, la Ley 522 de 1999 y la Ley 1407 de 2010, normas que muestran sendos avances en términos de autonomía e independencia como garantías aplicables y obligatorias en la jurisdicción penal militar y la distinción expresa de los delitos que deben o no ser considerados como relacionados con el servicio.

Las críticas que en su momento se dieron alrededor del Decreto 2550 de 1988 se concentraron en la relativización de los principios de autonomía, independencia e imparcialidad que en criterio de autores como Henao y otros se presentaba en dicha norma debido a que la misma permitía que los miembros de la fuerza pública ejercieran coetáneamente las funciones de comando (incluyendo actividades administrativas y operativas) con las de jurisdicción (estas últimas sin cumplir el requisito de abogado), requiriendo de terceras personas que correspondían a los Auditores de Guerra cuyos proyectos y conceptos, aunque no eran de forzosa aceptación, conllevaban a que los jueces dependieran de ellos al momento de tomar la decisión (Henao, Marín, & Petro, 2012, pág. 64).

En efecto, el Decreto 2550 de 1988, además de no contener un requisito expreso para que los jueces de primera instancia contaran con título de abogado, ausencia inapropiada por demás si se tiene en cuenta que el debate procesal giraba en torno a derechos fundamentales como el debido proceso y la libertad de los procesados, también realizaba una conjunción de funciones de comando y jurisdicción al otorgar facultades de juez de primera instancia en cada una de las instituciones a los comandantes generales y comandantes operativos de las fuerzas militares (Ejército, Fuerza Aérea y Armada) y de la Policía Nacional de acuerdo a sus respectivas divisiones.

Tabla 3. Comandantes con atribuciones jurisdiccionales según el Decreto 2550 de 1988

EJÉRCITO	
Nivel Jerárquico	Competencia jurisdiccional en primera instancia
Comandante del Ejército (Art. 329)	Oficiales del cuartel general de su comando, comandantes de división, de brigada, directores de escuelas de formación de oficiales y oficiales cuyo conocimiento no fuese atribuido a otro juez de instancia.
Ayudante General del Cuartel General (Art. 330)	Suboficiales y soldados del cuartel general del Comando del Ejército y soldados cuyo conocimiento no fuese atribuido a otro juez de instancia.
Comandantes de división, brigada y batallón (arts. 331 a 333)	Oficiales, suboficiales, soldados de sus respectivos cuarteles generales de comando y unidades divisorias.
ARMADA	
Nivel Jerárquico	Competencia jurisdiccional en primera instancia
Comandante de la Armada (Art. 335)	Oficiales de insignia y generales de infantería, oficiales del cuartel general de su comando, dirección general marítima y portuaria, comandantes de fuerza naval, guardacostas, aviación naval, bases navales, director de la Escuela Naval de Cadetes y oficiales cuyo conocimiento no fuese atribuido a otro juez de instancia.
Ayudante General del Cuartel General (Art. 336)	Suboficiales y soldados del cuartel general del Comando de la Armada y de la Dirección General Marítima y Portuaria y soldados cuyo conocimiento no fuese atribuido a otro juez de instancia.
Comandantes de fuerzas navales, bases navales y de entrenamiento (arts. 337)	Oficiales, suboficiales, grumetes, alumnos y demás personal militar bajo su mando.
FUERZA AÉREA	
Nivel Jerárquico	Competencia jurisdiccional en primera instancia
Comandante Fuerza Aérea (Art. 344)	Oficiales del cuartel general de su comando, comandantes de comandos aéreos, bases aéreas, grupos aéreos y directores de escuelas de formación y técnicas de oficiales y suboficiales de la Fuerza Aérea.
Ayudante General del Cuartel General (Art. 345)	Suboficiales y soldados del cuartel general del Comando de la Fuerza Aérea y soldados cuyo conocimiento no fuese atribuido a otro juez de instancia.
Comandantes de división, brigada y batallón (arts. 346)	Oficiales, suboficiales, soldados de sus respectivas unidades.
POLICÍA NACIONAL	
Nivel Jerárquico	Competencia jurisdiccional en primera instancia
Director Policía Nacional (Art. 352)	Oficiales generales de la institución, comandantes de departamento de policía, directores de las escuelas de formación, capacitación y técnicas.
Inspector General (Art. 353)	Oficiales superiores y subalternos de la Policía Nacional, suboficiales y agentes de la Dirección General de la Policía y de la inspección general, y contra oficiales, suboficiales y agentes, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juez.
Comandantes de departamento de Policía (arts. 354)	Suboficiales y agentes de sus respectivas unidades.

Fuente. Elaboración propia

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se presentaron cambios relacionados con la Justicia Penal Militar destacándose el que permite interpretar que el su fuero no es el de un modelo justicia excepcional para conductas especiales sino una prerrogativa para los miembros de la fuerza pública cuando fuesen requeridos por la administración de justicia; así mismo, se incorporó a la Policía Nacional (a pesar de la naturaleza civil de esta institución contemplada en el artículo 218 superior) y proscribió la posibilidad de que la JPM juzgase al personal civil en cualquier tiempo, prohibición que se aplica incluso en casos de estado de sitio o perturbación del orden público (Orjuela, 2018, pág. 23).

Un primer cambio sustancial se daría mediante la derogatoria del ya mencionado Decreto 2550 de 1988 que vendría a ser remplazado por la Ley 522 de 1999 en la que se suprimen las facultades jurisdiccionales de comandantes de fuerza y unidades y se crean los juzgados penales militares de primera instancia, disposición que aleja a la jurisdicción penal militar de las vulnerabilidades asociadas a la ausencia de autonomía, independencia e imparcialidad atribuidas a la norma anterior.

La Constitución de 1991 también sentó las bases del sistema penal acusatorio, que vendría a adaptarse de manera definitiva mediante el acto legislativo 03 de 2002 que instituyó lo que se conoce como el “proceso de partes” con roles perfectamente delineados de defensa, fiscal y juez; años después, mediante publicación en el Diario Oficial 47.804 se promulgó la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010 (nuevo Código Penal Militar) en la que se encuentran tanto las tipicidades asociadas al servicio y sus respectivas penas (parte general) y el procedimiento de investigación penal militar y juzgamiento (Sabogal, 2016, pág. 21).

Con la expedición de dicha norma se estructura el derecho penal militar tal y como es concebido en la actualidad a partir de un código en el que se encuentran delitos que suponen la infracción grave de deberes especiales relacionados con la disciplina que obliga a militares y policías en relación con el servicio, expresión que alude a las actividades concretas orientadas a cumplir y realizar las finalidades propias de estas instituciones armadas, las de las fuerzas militares relacionadas con la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional; las de la Policía Nacional relacionadas con el mantenimiento de condiciones necesarias para el ejercicio de derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica de los habitantes del país (Sabogal, 2016, pág. 23).

Distinción que se amplía aún más al acudir a criterios como los expuestos por la Corte Constitucional que en Sentencia C-358 de 1997 precisó que el solo hecho de que el miembro de la fuerza pública se encuentre en servicio activo no le exime de un eventual sometimiento al derecho penal común, indicando que la investidura del servidor pierde toda relación con el servicio cuando deliberadamente la misma se utiliza para cometer delitos comunes ya que la misma (la investidura) no equivale a servicio, al tiempo que añade que el vínculo de una persona con la fuerza pública no le otorga a sus propósitos criminales la naturaleza o misión del servicio (Sentencia C-358 , 1997).

El traslado por competencia de diligencias por parte de la Fiscalía a la Justicia Penal Militar

Representa el fondo de análisis del presente trabajo. Se trata de la determinación por medio de la cual, los funcionarios la Fiscalía General de la Nación representada por sus funcionarios locales o seccionales, tras tener el conocimiento de un hecho con características de hecho

punible en el que se encuentra involucrado un miembro de la fuerza pública, remiten por competencia dichas diligencias para que asuman la competencia respecto de su conocimiento, los juzgados de instrucción penal militar.

Lo anterior corresponde a un ejemplo de providencia judicial que comprenden (i) las órdenes (disposiciones de simple trámite emitidas por el fiscal o por el juez), (ii) los autos que resuelven incidentes o aspectos sustanciales, y (iii) las sentencias que deciden sobre el objeto del proceso en instancias primera o segunda, la casación y la revisión cuando estas últimas proceden. En cuanto a las órdenes, estas no requieren el cumplimiento de mayores requisitos de formalidad y fundamentación. No ocurre lo mismo con los autos y sentencias, los cuales deben contener además de requisitos de forma (fecha, datos del proceso, la identidad de la autoridad que profiere la decisión) requisitos de fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, la expresión resolutive de lo decidido, la inclusión de los disensos cuando la decisión es colegiada y el señalamiento de recursos procedentes contra la medida (Espitia, 2015, págs. 212 - 213).

La norma procesal penal no desconoce esta regla; todo lo contrario, es exigente al respecto en decisiones que pueda tomar la Fiscalía; así lo indica el parágrafo del artículo 161 que reza:

Capítulo V. Providencias Judiciales. **Artículo 161. Clases.** Las providencias judiciales son: (...) Parágrafo. Las decisiones que en su competencia tome la Fiscalía General de la Nación también se llaman órdenes y salvo, lo relacionado con audiencia, oralidad y recursos, deberán reunir los requisitos previstos en el artículo siguiente en cuanto le sean predicables (Código de Procedimiento Penal, 2004)

En efecto, el artículo 162 siguiente, en su numeral 4 indica los requisitos que, al tenor de la línea anterior, debería cumplir una disposición del despacho fiscal:

Artículo 162. Requisitos comunes. Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos: (...) 4. Fundamentación fáctica probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en juicio oral.

Es claro entonces que una decisión de trámite por competencia tomada por la fiscalía debe sujetarse a dicho requerimiento legal; sin embargo, en múltiples casos según se ha corroborado mediante un análisis informal que se describirá en líneas siguientes, el trámite de diligencias que realiza la Fiscalía con el que se materializa el cambio de jurisdicción y competencia obedece a que los despachos de fiscalía de la jurisdicción ordinaria encuentran que en el hecho que reviste las características de una conducta punible se encuentra involucrado un funcionario de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares y que en razón de ello, el caso debe ser conocido por la Jurisdicción Penal Militar a través del despacho competente para desarrollar las actuaciones de indagación que corresponde.

El criterio en mención tenido en cuenta para el referido traslado de diligencias resulta insuficiente a la luz de lo contemplado en los artículos 2° y 3° de la Ley 1407 de 2010 (Por la cual se expide el Código Penal Militar) que expresamente describen lo que es y no es un delito relacionado con el servicio señalando en el primer caso que se trata de aquellos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en (i) servicio activo (dentro o fuera del territorio nacional), (ii) derivados de la función militar o policial asignada por la Constitución, la ley o los reglamentos les han asignado; así mismo, refiriéndose a lo que no es, la norma en cita en su artículo 2° precisa que no son delitos relacionados con el servicio (i) los relacionados con la tortura, genocidio y otros contrarios al Derecho Internacional Humanitario, (ii) las conductas abiertamente contrarias a la función constitucional de la

fuerza pública, y (iii) aquellos que rompen el nexo funcional del agente con el servicio (Código Penal Militar, 2010).

Por supuesto, para determinar si en la ocurrencia de un hecho que reviste las características de un delito en el que se encuentra inmerso un miembro de la Fuerza Pública se dan los supuestos contenidos en el artículo 2° de la Ley 1407 y al mismo tiempo se descartan en su integridad los contemplados en el artículo 3° de la norma ídem, se requiere un mínimo de instrucción que permita que el funcionario fiscal, tras examinar en su integridad los elementos materiales probatorios y evidencia física agote el requisito de fundamentación fáctica probatoria y jurídica contemplado en el numeral 4° del artículo 162 de la Ley 906, ejercicio que de realizarse a profundidad impediría que se presentaran controversias como las que se dieron en el caso Dilan Cruz, pero además, garantizaría la efectividad de principios como la economía procesal, el debido proceso y los derechos a las víctimas, aspectos sobre los cuales se hablará más adelante.

Dicha verificación es aún más necesaria si se tienen en cuenta criterios jurisprudenciales como los contemplados en la Sentencia de Unificación 1184 del 13 de diciembre de 2001 (M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett) en la que se indicó que la autoridad judicial debe verificar, conforme a las pruebas existentes en el proceso, la relación directa entre la conducta del sujeto activo de la conducta o procesado con el servicio para determinar si es aplicable el fuero penal militar; añadiendo además, que dicho fuero no es aplicable cuando las conductas (i) ab initio (desde su génesis) buscan fines contrarios a los valores, principios o derechos constitucionales, (ii) surgen en una operación legítima en principio pero desviada del curso esencial de la actividad, (iii) no se impiden graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (Sentencia SU 1184, 2001).

Todos estos criterios deberían estar expresamente contemplados en la Ley 906 de 2004; sin embargo, la misma adolece de un vacío normativo que en gran medida faculta a la fiscalía para tomar la decisión de traslado sin realizar la verificación que solo ha podido exigirse vía jurisprudencial, vacío que en gran medida puede atribuirse al contenido del inciso segundo del artículo 67 de la citada norma que exige al servidor público que conoce de un hecho con trascendencia penal y que no tiene competencia para investigarlo, el envío inmediato del asunto ante la autoridad competente:

Artículo 67. Deber de denunciar. (...)

El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente. (Código de Procedimiento Penal, 2004)

Evidentemente el contenido de esta norma termina facultando, (cuando no obligando si se realiza un análisis exegético del artículo) al despacho de fiscalía de la justicia ordinaria para que traslade con inmediatez las causas penales de las que considere no es competente, como ocurre en los casos en los que se ven inmersos miembros de la fuerza pública, vacío cuyo origen también puede encontrarse en el contenido del inciso 1º del artículo 66 de la norma ídem en el que se exige a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal y el consecuente inicio de la investigación de los hechos, exceptuando a renglón seguido las excepciones contempladas en la Constitución Política y en el mismo código de procedimiento penal:

Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. El Estado por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que

revistan las características de una conducta punible, de oficio o que llegue a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este Código (Código de Procedimiento Penal, 2004).

La conjunción de uno y otro artículo unen la excepción a la competencia que le asiste a la Fiscalía respecto del conocimiento de asuntos que la Constitución Política atribuye a otra jurisdicción (como ocurre en la formación constitucional del fuero penal militar) con el deber de inmediatez que se asocia, equivocadamente en este caso, con el principio de celeridad procesal, y decimos equivocadamente en tanto que no se puede privilegiar la celeridad sobre otros principios como el del debido proceso, la economía procesal y más aún, el relacionado con el derecho a las víctimas.

Para entender aún más como opera el vacío normativo sugerido se puede realizar una revisión de las normas que regulan otras disposiciones para las cuales está facultada la fiscalía de acuerdo a la misma norma procesal penal, a saber, la decisión de archivo de las diligencias contenida en el artículo 79, la solicitud de preclusión al juez de conocimiento según el artículo 332 en armonía con los artículos 82 y 87 ídem y la decisión de imputación contemplada en el artículo 287 íbidem.

Cada una de las mencionadas decisiones cuya facultad le fue atribuida por el legislador a la Fiscalía, deben ajustarse a las sendas causales expresamente definidas en cada caso, de allí que el funcionario de fiscalía no pueda solicitar el archivo de las diligencias sin que existan los motivos fundados en evidencia física o elementos materiales probatorios que le permitan sustentar argumentativamente que no existen circunstancias fácticas que (i) permitan su caracterización como delito, o (ii) indiquen su existencia, requerimientos que en el primer caso, de acuerdo a lo contemplado en la Sentencia C-1154 de 2005 con ponencia del

Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, corresponden a la tipicidad objetiva, consideración que debe estar suficientemente motivada en la respectiva decisión (Sentencia C-1154 , 2005).

Añádase además que si bien el tenor literal del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal no dispone expresamente la posibilidad de impugnar la decisión de archivo de las diligencias, vía jurisprudencial se aclaró que la condición de exequibilidad de dicho artículo estaba sujeta a que desde su interpretación se entendía que los denunciantes, las víctimas e incluso el Ministerio Público podían acudir ante la misma autoridad y de ser necesario, ante la autoridad constitucional para promover el desarchivo de las diligencias (Sentencia STP 16816, 2017), lo que constituye una garantía procesal especialmente para las víctimas frente a la mencionada decisión de archivo, garantía que, se itera, no se da en el caso de la decisión por medio de la cual la misma autoridad dispone el traslado por competencia con destino a la Justicia Penal Militar.

Explicado al detalle, la fiscalía debe sustentar fáctica, jurídica y probatoriamente una serie de supuestos relacionados con la tipicidad objetiva respecto de los sujetos, respecto de la acción, respecto del resultado, y respecto de otros elementos como la relación de causalidad, este último muy relacionado con el tema que estamos tratando en el que, se itera, la fiscalía debería realizar un análisis escrupuloso antes de disponer el traslado por competencia de las diligencias para que asuma el conocimiento la Justicia Penal Militar.

Ocurre lo propio en el caso de la imputación que solo es procedente cuando la fiscalía según expresamente lo señala el artículo 287 ídem, acredita con fundamento en materiales probatorios, evidencia física, o información legalmente obtenida, la inferencia razonable respecto de la autoría o participación del procesado en el hecho punible.

Empero, como ya se ha venido explicando, ninguna de tales exigencias realiza la norma para el caso del envío por competencia ante la Justicia Penal Militar pese a la trascendencia social que esta medida representa particularmente en lo que tiene que ver con la credibilidad en el aparato de justicia, pero además, por las implicaciones que ello representa respecto de los principios de celeridad, economía, debido proceso y garantías para las víctimas como se explicará a continuación.

Implicaciones procesales con ocasión de la ausencia de requisitos expresos para el trámite por competencia ante la Justicia Penal Militar

Respecto de los principios de economía y celeridad procesal

Frente a estos principios vale la pena acudir a los criterios jurisprudenciales que lo asocian a la necesaria celeridad de la administración a partir de la idea según la cual una justicia tardía es injusticia más aún cuando la misma tiene que ver con la administración de justicia penal (Sentencia C-037 de 1998, 1998), parámetros que se ven afectados cuando un trámite de tal relevancia como es el cambio de la jurisdicción penal ordinaria a la jurisdicción penal militar se realiza sin que para el efecto la ley exija el cumplimiento de requerimientos mínimos de procedibilidad, entre ellos el sustento factico jurídico y probatorio que permita tener absoluta claridad sobre la procedencia o no de la disposición.

Ello ocurre por ejemplo, cuando un fiscal remite por competencia a la Justicia Penal Militar, un hecho de presunta responsabilidad de un servidor público integrante de la fuerza pública (Policía – Fuerza Militares), sin haber constatado suficientemente que se reunieran los requerimientos para considerar que el mismo está o no asociado al servicio, recordando que incluso no basta con que el hecho guarde relación con el servicio, sino que la conducta

no esté asociada con una situación que ab initio, busque fines contrarios al deber constitucional del uniformado o que se desvíe el curso legítimo del deber funcional, lo que supone en este último caso, la posibilidad de que en el curso de un acto del servicio legítimo se puedan cometer conductas opuestas a la legitimidad misma del servicio (Sabogal, 2016, pág. 26).

En un supuesto como el anteriormente indicado, que haya sido pasado por alto por parte de la fiscalía por ausencia de rigurosidad en el sustento probatorio, devienen necesariamente otras actuaciones ralentizadoras del proceso como son la actividad física por medio de la cual se materializa el trámite (envío por correo certificado o medios similares), el recibido en la jurisdicción penal militar con los trámites subsiguientes de reparto, el análisis del asunto por el juez penal militar de instrucción, la posterior declaratoria de incompetencia y el trámite que resuelve del asunto ante el Consejo Superior de la Judicatura que es en últimas quien dispone si la competencia permanece en la Fiscalía o se atribuye definitivamente a la Justicia Penal Militar.

Por supuesto todo el lapso transcurrido opera en desfavor de la celeridad que se requiere y que debe ser garantizada en particular a las víctimas, pero además genera gastos sumamente representativos según la descripción anterior, pero además claramente innecesarios para el aparato de justicia lo que a su vez se traduce en que la causa penal entra en una etapa de ausencia de impulso procesal mientras se toman las determinaciones finales frente al caso en concreto.

Por supuesto, el hablar de celeridad procesal no representa desconocer la importancia de los plazos y términos que se dan a lo largo del procedimiento penal en razón a múltiples factores, circunstancia que incluso ha sido reconocida también por la jurisprudencia que los

ha atado a la razonabilidad, ésta última condicionada por (i) la naturaleza del delito imputado, (ii) el grado de complejidad de su investigación, (iii) el número de sindicados y (iv) los efectos sociales que se desprendan de la conducta (Sentencia C-1154, 2005).

De los anteriores factores, en el caso estudiado, se destacan los relacionados con la naturaleza del delito y los efectos sociales derivados de la conducta, úes uno y otro conjugan para señalar que los hechos que revisten las características de delito en los que se ven inmersos miembros activos de la fuerza pública deben per se, considerarse como de grave naturaleza en la medida que compromete la disyuntiva entre el presunto proceder irregular de los llamados a salvaguardar la Constitución y la Ley partiendo desde su propia conducta, la cual al desviarse, adquiere una trascendencia social amén de la disminución de la credibilidad que ello supone para las instituciones que la conforman.

Respecto del debido proceso

Se ha descrito en extenso en líneas anteriores el concepto del debido proceso y su exigibilidad en los procesos penales por las connotaciones que tienen respecto de las reglas contenidas en el artículo 29 superior y en otras mencionadas en el derecho internacional que también irradian en el ordenamiento penal colombiano. En este caso, este principio opera en dos vías, por un lado el derecho al debido proceso del procesado y por otro lado el mismo que les asiste a las víctimas.

En uno y otro caso se debe tener en cuenta que las formalidades propias del juicio y la garantía de juez natural se encuentran directamente relacionados con el debido proceso; así mismo, la recopilación rápida de pruebas y su valoración integral son determinantes para materializar el mismo. De este modo, una dilación injustificada originada en el trámite que

ralentiza el impulso procesal según se explicó en precedencia, genera la ausencia de tales garantías, en particular las de orden probatorio que al estar en suspenso, generarían riesgos como por ejemplo el de pérdida de medios probatorios que son sin duda, tan importantes para el procesado, que no necesariamente es responsable de la conducta, de hecho se debe presumir inocente a esta altura del trámite, como para las víctimas que tienen un natural interés de esclarecimiento de los hechos, e incluso para el aparato jurisdiccional que deba asumir la competencia en su deber de impartir justicia.

Respecto a las víctimas

Para tener un concepto integral sobre la víctima y la manera como el vacío normativo que se ha venido exponiendo opera en contra de las mismas, vale la pena acudir al Derecho Internacional que en instrumentos como la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder” que se adoptó por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985 y en la que, en su artículo 1° definió a las víctimas como las personas que, individual o colectivamente, sufren daños, incluyendo lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas financieras o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales producto de acciones u omisiones contrarias a la legislación penal vigente de los Estados (Naciones Unidas, 1985).

El mismo instrumento internacional en sus artículos 4°, 5° y 6° conmina a los Estados (i) a garantizar el derecho de las víctimas al acceso a los mecanismos de la justicia, (ii) a una pronta reparación del daño sufrido conforme a la legislación nacional, (iii) a reforzar los

mecanismos judiciales para que estos sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles, y (iv) evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas (Naciones Unidas, 1985).

Claramente, una disposición, no regulada expresamente en la norma procedimental penal, opera en contra de estos principios que han sido irradiados en el ordenamiento penal colombiano puntualmente en el artículo 132 del que se desprenden las facultades de intervención contempladas en el artículo 137 ídem (Código de Procedimiento Penal, 2004), entre las cuales, y ello también podría considerarse una restricción producto del vacío normativo, no se encuentra la de impugnar la decisión de trámite ante la justicia penal militar o por lo menos realizarlo en un trámite menos desgastante como el que se da ante el Consejo Superior de la Judicatura.

El resultado de ello, un claro desconocimiento de estas prerrogativas cuya fuente es la Norma Rectora y el Bloque de Constitucionalidad originado como se ha insistido, en la ausencia de un requerimiento expreso que exija al fiscal, desarrollar un mínimo de actividades de instrucción y recopilación de elementos materiales probatorios y evidencia física que permitan motivar en debida forma que el asunto es o no relacionado con el servicio militar y policial.

Y es que el papel de la víctima es cada vez más relevante en el escenario penal del mundo moderno, así se evidencia al realizar un ejercicio básico de derecho comparado y a partir del mismo estudiar instrumentos como la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea “Relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal” del 15 de marzo de 2001 adoptado en aplicación del título VI del Tratado de la Unión Europea. Dicho instrumento plantea en el numeral 5° de sus consideraciones la importancia de “concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que

puedan acarrear un victimización secundaria” (entiéndase revictimización); al mismo tiempo en el literal d del artículo 1° señala expresamente la garantía de actuación de la víctima en todas las actuaciones y ante cualquier autoridad, antes, durante o después del proceso penal (Unión Europea, 2001).

Garantías como las expresadas en el mencionado instrumento internacional se pueden considerar seriamente soslayadas a partir del fenómeno estudiado en el presente trabajo, en la medida que la decisión de la Fiscalía de disponer el trámite de diligencias sin agotar la instrucción mínima de la cual emane el sustento factico, jurídico y probatorio que debería tener una decisión de tal relevancia procesal, y más que nada, sin contar con la participación de las víctimas, fractura la garantía de actuación e incluso les revictimiza en la medida que les obliga a acudir a trámites adicionales (verbo y gracia acudir a la acción de tutela) para exigir sus derechos y plantear su posición frente a las decisiones.

Por supuesto, no estaría completo este apartado si no se tuviera en cuenta el contexto particular colombiano, en el que buena parte de las víctimas lo son como consecuencia del conflicto armado, circunstancia que en no pocas oportunidades ha derivado en hechos con características de delito en los que se ven inmersos los miembros de la Fuerza Pública. En el marco de dicho contexto y dada la necesidad de garantizar la verdad, justicia y la reparación de los afectados se expidió la Ley 1448 de 2011 “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno”, norma que en su artículo 14 contempla como principio la participación conjunta, enfatizando en el inciso 4° el deber que le asiste al Estado de garantizar la participación activa de las víctimas (Ley de víctimas y restitución de tierras, 2011).

Del mismo modo el artículo 36 de la norma ídem establece la garantía de comunicación a las víctimas como herramienta de efectividad de derechos en la actuación penal, razón por la cual dispone que los funcionarios que conocen la causa, entre ellos el Fiscal, comuniquen a la víctima del curso o trámite que se dio a su denuncia.

Lo propio a ocurrido a nivel jurisprudencial. A guisa de ejemplo se puede mencionar el contenido de la Sentencia C-209 de 2007 (M.P. Dr. Leonardo Efraín Cerón Erazo) en la que se reconoce que la víctima en el sistema penal de tendencia acusatoria tiene poder de actuación acorde a factores como el rol constitucional que le otorga la Constitución y el impacto que su participación pueda tener tanto para los derechos que le asisten como para la estructura y formas propias del sistema penal acusatorio (Sentencia C 209, 2007), siendo uno y otro factor aplicable al caso que se estudia en la medida que el vacío jurídico que existe respecto de la decisión de trámite del Fiscal con destino a la Justicia Penal Militar tiene una relación estrecha con el reconocimiento o no de las víctimas y al mismo tiempo es determinante en la estructura y la forma del procedimiento penal que se debe seguir.

En resumen, existe sustento constitucional y legal suficiente, este último tanto de naturaleza nacional como internacional, así como múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, para sostener que en desarrollo de las especiales garantías que se deben preservar a favor de las víctimas, se debería suplir el vacío normativo sobre el cual se ha venido haciendo referencia en el presente trabajo, para con ello, garantizar que esta parte del procedimiento penal sea también modelo de garantía de derechos para las víctimas que requieren que el aparato de justicia sea escrupuloso en cada una de las actuaciones para que estas contribuyan efectivamente a la materialización de amén de su condición les corresponden.

Sustento de la existencia real del problema de estudio

Para sostener que el fenómeno que se ha venido describiendo no es un hecho aislado, se ha acudido a los juzgados de instrucción penal militar ubicados en la ciudad de Bogotá a los que se les elevó sendos requerimientos solicitando información sobre los casos que les han sido entregados por reparto por el delito de homicidio cuyo conocimiento inicial estuvo en cabeza de despachos de la Fiscalía General de la Nación y que posteriormente fueron objeto de incidente de colisión de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura en el lapso comprendido entre el 2018 y el 2020.

La respuesta a dicho requerimiento que será incluida en los anexos del presente trabajo, permitió corroborar que en dicha vigencia (i) todos los despachos de la justicia penal militar consultados recibieron procesos por remisión de despachos de la Fiscalía General de la Nación; (ii) un número importante de dichos procesos no contaban con la suficiente instrucción y algunos incluso fueron remitidos sin elementos materiales probatorios o evidencia física; y (iii) que en múltiples oportunidades relacionadas con los mencionados procesos, los juzgados de instrucción de primera instancia se han visto avocados a realizar trámites de colisión de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura para que resuelva de manera objetiva y acorde a las circunstancias particulares de cada caso, a quien le debe corresponder dicha competencia.

Todas estas circunstancias corroboradas, se itera de acuerdo a la realidad de los despachos judiciales consultados, refleja la existencia real del fenómeno sobre el cual se ha venido hablando en el presente análisis.

Conclusiones

Una vez realizado el presente análisis se pueden presentar como conclusiones del mismo las siguientes:

Existe una clara distinción entre las figuras jurídicas de jurisdicción y competencia, quedando claro que la primera como una función soberana que se concretiza en la potestad de conocer sobre hechos y pretensiones en una determinada causa; por su parte, la competencia es la medida en que dicha jurisdicción se atribuye a cada una de las autoridades a las que se la delegado la administración de justicia.

Las jurisdicciones y la competencia que actualmente se presentan en Colombia son el resultado de un proceso de evolución jurídica continua y progresiva que inició con la independencia, se ajustó en sus momentos a los sistemas centralistas y federados que se instituyeron, la integración al sistema normativo del denominado Bloque de Constitucionalidad y los criterios de Estado Social de Derecho contenidos en el espíritu constitucional de la Carta de 1991.

En materia de jurisdicción y competencia de la Justicia Penal Militar la misma también se ha visto influida por los intereses del Estado en cada uno de los momentos históricos que a mediados del siglo XIX se concentraban en garantizar la subordinación de sus soldados, a inicios del siglo XX y durante al menos la primera mitad de dicho siglo, en la necesidad de contar con una herramienta de coerción jurídica para castigar no solo a militares sino a ciudadanos rebeldes, y a partir de la Constitución del 91, garantizar una sistema jurídico penal especial para los miembros de la fuerza pública para que estos fuesen juzgado por conductas relacionadas con el servicio que prestan de acuerdo a criterios de nexo causal y de calificación

sobre la relación o no que las conductas tienen con el servicio claramente diferenciados que determinan cuando deben ser conocidos por la JPM o por la Justicia Ordinaria.

La competencia se encuentra directamente relacionada con el principio del debido proceso del cual emanan una serie de garantías procesales como el deber de respetar el juez natural de los procesados que junto a otras reglas asociadas al término, al no ser respetadas, generan ineficacia en los actos procesales que al mismo tiempo se traducen en incremento de los costos procesales y contribuyen a disminuir la credibilidad en el aparato judicial colombiano.

Se ha evidenciado un vacío normativo relacionado con la disposición por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación dispone el traslado por competencia de los hechos que revisten las características de un hecho punible en las que se ven involucrados los miembros de la Fuerza Pública, trámite al que no la Ley 906 de 2004 no le ha dado la relevancia suficiente amén de las implicaciones que tienen respecto a los principios de economía y celeridad procesal, debido proceso y el derecho a las víctimas, circunstancia que obedece a la ausencia de requisitos expresos en la norma procesal para que se profieran este tipo de disposiciones.

Bibliografía

Agudelo, R. M. (2004). El debido proceso. *Opinión Jurídica*, 4(7), 89-105.

Agudelo, R. M. (Enero - Junio de 2007). Jursidicción. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*(19). Recuperado el 28 de agosto de 2020, de https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-9.pdf

Amnistía Internacional. (2014). *Página oficial Amnistía Internacional*. Recuperado el 29 de agosto de 2020, de Manual de Amnistía Internacional. Juicios Justos. Segunda Edición: <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/pol300022014es.pdf>

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C. : Diario Oficial.
- Bernal, C. A. (2006). *Metodología de la investigación (2a edición)*. México: Pearson Prentice Hall.
- Congreso de la República. (2004). *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*. Bogotá: Diario Oficial .
- Congreso de la República. (2010). *Ley 1407 de 2010 (Por la cual se expide el Código Penal Militar)*. Bogotá: Diario Oficial.
- Corte Suprema de Justicia. (s.f.). *Página Oficial Corte Suprema de Justicia*. Recuperado el 28 de agosto de 2020, de <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/relatoria-civil-jurisdiccion-y-competencia/>
- De Zubiría, S. A. (2012). La historia de la Rama Judicial en Colombia. (F. U. Colombia, Ed.) *Criterio Jurídico Garantista*(6), 154 - 187.
- Devis, E. H. (2009). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá : Temis.
- Espitia, G. F. (2015). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Bogotá D.C. : Legis.
- Fernández, L. W. (2018). La verdad mediática y su devastador impacto en la justicia penal. En E. E. Barreto, *Política Criminal Mediática* (págs. 723-733). Bogotá: Ibañez.
- Fierro, M. H. (2016). *Temas de procedimiento penal en preguntas y jurisprudencia*. Bogotá: Doctrina y Ley .
- Función Pública. (s.f.). *Página Oficial Función Pública Colombia - Gestor Normativo*. Recuperado el 28 de agosto de 2020, de Constitución Política de 1863: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13698>
- Función Pública. (s.f.). *Página Oficial Función Pública Colombia - Gestor Normativo*. Recuperado el 28 de agosto de 2020, de Constitución Política de 1886: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>
- García, F. D. (2015). *La Metodología de la Investigación Jurídica del Siglo XXI*. México: Universidad Autónoma de México .
- Gutiérrez, G. M. (2016). *Régimen constitucional colombiano, su historia y desarrollo*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Henao, H. J. (2013). *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá : Temis.
- Henao, T. C., Marín, P. F., & Petro, G. I. (2012). La Justicia Penal Militar colombiana y los principios procesales constitucionales de independencia e imparcialidad, despues de la separación de la función de jurisdicción con la función de comando. (U. L. Pereira, Ed.) *Memorando de Derecho*, 63-74.
- Ley de víctimas y restitución de tierras (Congreso de la República 10 de junio de 2011).

Naciones Unidas. (29 de noviembre de 1985). *Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado*. Recuperado el 27 de agosto de 2020, de Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

Orjuela, M. L. (2018). *LA competencia jurisdiccional entre la Justicia Penal Militar y la Justicia Ordinaria*. Bogotá : Ibañez.

Rad. 2019-02728, 110010102000201902728-00 (M.P. Dr. Fidalgo Javier Estupiñan Carvajal) (Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria 20 de agosto de 2020).

Rodríguez, R. V. (2019). *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado el 27 de agosto de 2020, de Corte Interamericana de Derechos Humanos: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>

Sabogal, Q. M. (2016). *Sistema Penal Acusatorio y Fuero Penal Militar*. Bogotá: Ibañez.

Sentencia C 209, D-6396 (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa) (Corte Constitucional 21 de marzo de 2007).

Sentencia C-037 de 1998, Expediente D-1750 (Corte Constitucional 19 de febrero de 1998).

Sentencia C-083 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), Expediente D-10346 (Corte Constitucional 24 de febrero de 2015).

Sentencia C-1154 , Expedientes D-5705 y D-5712 (acumulados) - M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa (Corte Constitucional 15 de noviembre de 2005).

Sentencia C-1154, Expedientes D-5705 y D-5712 (Acumulados) M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa (Corte Constitucional 15 de noviembre de 2005).

Sentencia C-358 , Expediente D-1445 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) (Corte Constitucional 5 de agosto de 1997).

Sentencia STP 16816, T94397 (M.P. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas 10 de octubre de 2017).

Sentencia SU 1184, Expediente T-282730 (Corte Constitucional 13 de noviembre de 2001).

Sentencia T- 458 (M.P. Dr. Jorge Arango Mejía), Expediente 38.768 (Corte Constitucional 24 de octubre de 1994).

STC7113-2020, Radicación No. 11001-02-30-000-2020-00146-02 (M.P. Luis Alonso Rico Puerta) (Corte Suprema de Justicia 9 de septiembre de 2020).

STP109785-2020, Radicación 109785 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (M.P. Dr. 14 de abril de 2020).

Tafur, P. R., & Izaguirre, S. M. (2016). *Cómo hacer un Proyecto de Investigación*. Bogotá: Alfaomega.

Unión Europea. (15 de marzo de 2001). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Recuperado el 15 de septiembre de 2020, de Decisión Marco del Consejo relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001F0220&from=EN>

Universidad de las Americas. (agosto de 2020). *Página oficial de la Universidad de las Américas Puebla* . Obtenido de Índice Global de Impunidad 2020 : <https://www.udlap.mx/cesij/files/indices-globales/0-IGI-2020-UDLAP.pdf>

Velasquez, V. F. (2018). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.