

VACIO LEGAL EN EL CODIGO PENAL MILITAR FRENTE AL CASO DE LA GUACA¹

Camilo Eduardo Portela Solano²

RESUMEN

Se aplica el Principio de Legalidad al caso de los soldados de la “Guaca”, la conducta allí ocurrida se tipificó por parte de la Justicia Penal Militar como Peculado por Apropiación, se argumenta que el dinero encontrado debía entregarse para hacer parte del patrimonio del Estado, por tal motivo existió una apropiación de dineros Estatales por parte de los Funcionarios Públicos, el problema principal gira en torno al dinero, cual es la procedencia del mismo.

LEGAL VACUUM IN THE MILITARY CRIMINAL CODE FROM THE CASE OF THE GUAC

ABSTRAC

It applies the principle of legality in the case of the soldiers of the "Guaca" conduct that occurred there was typified by the Military Criminal Justice Embezzlement by ownership, it is argued that the money found was to be delivered to the ownership of the State for that reason there was an appropriation of state funds by public officials, the main problem revolves around money, which is the origin of that

¹ Trabajo de grado para obtener el título de Magister en Derecho Público Militar, de la Universidad Militar Nueva Granada.

² Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, con Diplomado en Derechos Humanos y Competencias Ciudadanas de la Universidad Cooperativa de Colombia, Aspirante al Título de Magister en Derecho Público Militar, Universidad Militar Nueva Granada

PALABRAS CLAVE

Ejercito, Servidor Público, Guaca, Principio de Legalidad, Peculado, Tipicidad.

KEYWORDS

Army Force, Civil Servants, Guaca, Principle of Legality, Embezzlement, Typicality.

INTRODUCCION

Por políticas gubernamentales, se han obviado muchos de los Derechos Fundamentales de quienes se presumen han cometido algún tipo de delito, sin tener en cuenta que el ser humano como persona es titular de los mismos en cualquier estado y sus derechos solamente podrán ser restringidos bajo orden judicial o por mandato de la ley, pero nunca se podrán vulnerar los Derechos Fundamentales. Este problema se evidencia por la politización de la Justicia ya sea Ordinaria o Penal Militar, donde el Ejecutivo pretende disponer quien es el competente para conocer del caso, no siendo esto competencia suya, de igual forma que tipo de acciones son atípicas o no.

Se debe por esto respetar la independencia de cada una de las Ramas del Poder Público y a pesar de que la Justicia Penal Militar se encuentre orgánicamente dependiente dentro de la Rama Ejecutiva su función es de impartir Justicia, por consiguiente no se debe subyugar a la Rama Ejecutiva, para evitar que se sigan presentando estos juicios políticos.

Este escrito se realizó buscando dilucidar la falencia que se evidencia en la Justicia Penal Militar al vulnerarse el Principio de Legalidad en un caso en concreto, toda vez que esto le resta credibilidad, ante el pueblo Colombiano y

organismos internacionales y pero más importante y grave ante quienes son cobijados por esta justicia.

Después del estudio histórico y las características del Principio de Legalidad, se busca traer a la realidad Colombiana todo lo expuesto en la parte inicial del trabajo para dar así una mejor forma de entender este principio, de igual forma sustentar el principal problema del caso de la Guaca, la procedencia del dinero. Estableciendo esta premisa, se podría determinar su destino.

Por último se pretende hacer caer en la cuenta que al no respetarse las mínimas garantías judiciales, no se puede hablar de impartir justicia en nombre del Estado, generando inconformismos y dándole cabida a la justicia particular o por su propia mano.

1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Uno de los principios fundamentales sobre el que se estructuran los modernos ordenamientos jurídicos continentales es el denominado principio de legalidad. En su expresión más común, y en el específico ámbito jurídico penal, en virtud del mismo se establece que nadie puede ser condenado por la perpetración de un hecho supuestamente punible (sea por acción u omisión), si éste no se halla descrito como figura delictiva, es decir tipo penal, con su correspondiente consecuencia jurídica por una ley previa a su comisión. Sin embargo, con este sencillo enunciado no se recoge el fundamento de su consagración en el Derecho Penal y las innumerables implicaciones que se derivan de esta indiscutible implantación legislativa, doctrinal y jurisprudencial. Por esta razón es necesario examinar, seguida y separadamente, los siguientes puntos.

1.1 ANTECEDENTES

Aun cuando existe discusión sobre los primeros antecedentes legislativos del mentado principio, parece ser que su fundamentación como auténtico criterio rector del ordenamiento jurídico debe que buscarse en el nacimiento del pensamiento liberal, a finales del Siglo XVIII³, a raíz de las correspondientes declaraciones de derechos que se sucedieron en esta etapa histórica: la *Petitions of Rights* de Norteamérica, si bien más concretamente, su enunciado como principio fundamental hay que situarlo en el Artículo 8 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789. Es claro, de igual forma, que el pensamiento filosófico de la época, especialmente las contribuciones de Montesquieu y Rousseau, jugaron un decisivo papel en la conformación doctrinal que se llevaría a cabo años más tarde⁴.

La influencia de la Declaración de Derechos se dejó notar en la legislación penal, y así el Código punitivo napoleónico de 1810 recogió el apotegma del *nullum crimen sine lege*, ideal que sería copiado más tarde por la mayoría de los textos punitivos continentales, comenzando por el Código penal de Baviera de 1813⁵.

La moderna formulación del principio de legalidad, tal y como se concibe actualmente, parte de Feuerbach. Desde el punto de vista político, el presente

³ Es cierto que se ha situado el primer precedente legislativo en Inglaterra, en el art. 39 de la *Magna Charta Libertatum*, o incluso en antecedentes anteriores, como es el caso de algunos fueros españoles. Aunque así fuera, cuestión que es más que discutible, este hecho no dejaría de constituir una mera anécdota histórica, pues la relevancia del momento de aparición del *nullum crimen sine previa lege scripta* en etapas anteriores hay que buscarla en atención a su consagración como auténtico principio rector de un sistema jurídico. Sobre la evolución histórica del principio de Legalidad, ampliamente, RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Principio de Legalidad. En: Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XIV (1971); pp. 882 y ss. También en este aspecto es de sumo interés el trabajo de LAMARCA PEREZ, Carmen. Formación Histórica y Significado Político de la Legalidad Penal. En: Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, pp. 35 y ss.

⁴ RODRIGUEZ MOURULLO. Principio de Legalidad [...] ob.cit.; p. 883.

⁵ HALL, Jerome. El Principio de Legalidad (*nulla poena sine lege*). En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Tomo 54. 2ª Edición. Buenos Aires. 1959; p. 812. Existen precedentes en otros códigos penales de menor relevancia, como el Código penal austríaco de 1787.

postulado permitía abrir paso a una de las aspiraciones del liberalismo de nuevo cuño, la salvaguarda de las garantías de los ciudadanos frente al arbitrio judicial que había imperado en el Antiguo Régimen. Desde el punto de vista técnico-jurídico, el autor persigue poder conciliar su tesis de la coacción psicológica del Derecho Penal con la exigencia de la seguridad jurídica del ciudadano⁶.

1.2 FUNDAMENTO

En la moderna doctrina, al principio de legalidad se le atribuye un fundamento que puede ser examinado desde dos vertientes: significado político y significado científico del axioma del *nullum crimen sine lege*⁷.

a) Fundamento político. Desde la primera perspectiva, el postulado de la legalidad representa un triunfo del pensamiento de la Ilustración. En la idea de la razón como conductora del destino del hombre, la exigencia de la determinación de la conducta por una ley anterior a su comisión reflejaba el avance de un paso más

⁶ Señala FEUERBACH que todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la voluptuosidad en la medida en que la concupiscencia del hombre es lo que le impulsa, por placer, a perpetrar la acción. Este impulso, continúa el autor, puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho a de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción del impulso al hecho. Existe una traducción a la 14ª Edición por ZAFFARONI, Eugenio Raul e HAGEMEIERS, Irma. Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania. Buenos Aires. 1989; § 13, p. 60. El fundamento del principio de legalidad se establece, coherente con esta afirmación, en los párrafos siguientes: § 19 "El mal conminado por una ley del Estado e infligido en virtud de esa ley es la pena civil *poena forensis*. La razón general de la necesidad y de la existencia de la misma -tanto en la ley como en su ejercicio- es la necesidad de preservar la libertad recíproca de todos mediante la cancelación del impulso sensual dirigido a las lesiones jurídicas. p. 17, en la traducción, § 15, p. 61. La consagración del principio de legalidad, en consecuencia, se formula en el § 24: "De aquí surgen, sin excepción alguna, los siguientes principios derivados: I. Toda imposición de una pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de la pena. II. La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. I. El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada. p 20, § 20 y p. 63 en la traducción.

⁷ Un exhaustivo examen del fundamento político y jurídico del principio de legalidad en MADRID CONESA, Fulgencio. La Legalidad del Delito. Valencia. 1983; pp. 5 y ss.

frente a oscuras etapas pretéritas: la implementación del requisito de la certeza en la Ciencia del Derecho como condición indispensable de reconocimiento al individuo de su capacidad de autonomía en la previsión de las conductas conformes y contrarias al Derecho⁸.

Esta fundamentación política no ha perdido hoy vigencia. Sin duda alguna, la exigencia de certeza que se concreta en una posibilidad de cálculo y previsión de las acciones futuras, incluyendo también las no permitidas, es una consecuencia de la salvaguarda de las libertades del ciudadano. Garantía que se concreta, en el caso del postulado del *nullum crimen sine lege*, en la existencia de la propia seguridad jurídica. Seguridad jurídica existe, pues, cuando el administrado puede prever las consecuencias jurídicas de sus actos, especialmente, las consecuencias negativas. Pero la seguridad jurídica como una de las bases políticas en las que se asienta el principio de legalidad, implica no sólo una faceta de una libertad frente al Estado, sino que expresa, desde otra vertiente, la necesidad de establecer el monopolio jurídico en un ente centralizado, el propio Estado, quedando vedada así la aparición de otros derechos locales, de la costumbre o de una jurisprudencia excesivamente integradora⁹. La seguridad jurídica, desde esta doble perspectiva, es un presupuesto de protección de las garantías del individuo que viene instrumentalizado a través de la ley penal¹⁰.

⁸ Certeza como presupuesto de la seguridad jurídica se opone a arbitrariedad. Y ésta se ve reducida cuando por encima del juzgador se encuentra una norma general que determina las consecuencias jurídicas de los presupuestos que son objeto de su dictamen. La privación de derechos, de la libertad o incluso de la vida, dice CASABO, puede establecerla exclusivamente una norma que proceda del poder legislativo, con el fin de que tan esenciales bienes no queden en manos de la arbitrariedad. CASABO RUIZ, José Ramón. Comentarios al Código Penal por CORDOBA RODA, Juan. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. DEL TORO MARZAL, Alejandro. y CASABO RUIZ, José Ramón. Tomo II. Barcelona, 1972; p. 24.

⁹ En este segundo sentido, pero rechazando la primera connotación, LAMARCA PEREZ. Formación Histórica y Significado Político del Principio de Legalidad [...] ob.cit.; p. 71.

¹⁰ Desde luego, como ha señalado MADRID CONESA. el fundamento del principio de legalidad en la seguridad jurídica como posibilidad de previsión de conductas es demasiado estrecho para que pueda aceptarse totalmente hoy en día. No se explicaría entonces, porqué se exige ley y no reglamento en la determinación de los hechos prohibidos. De ahí que el fundamento político de la exigencia de la determinación legal de las conductas punibles tenga que ser concebido en un sentido más amplio. Sobre las diversas críticas a esta concepción estricta de la fundamentación del

De todo lo señalado, se puede resumir el fundamento político del principio de legalidad en el momento actual en la idea de preservar la libertad del ciudadano frente a la arbitrariedad de cualquiera de los tres poderes que encarnan la propia figura del Estado. Garantía que se pretende conseguir a través de la certeza del Derecho frente a la inseguridad de las decisiones jurídicas, a través de una única fuente de conductas y sanciones frente a la pluralidad de derechos en una misma comunidad política, a través de un instrumento procedente del legislativo frente a otros mecanismos normativos que puedan tener su origen en los propios órganos de gobierno del Estado, y finalmente; garantía a través del sometimiento del ejecutivo, legislativo y de la jurisdicción al imperio de la ley frente a las excusas y excepciones que pudieran dar lugar a tribunales de excepción o a la aplicación de la analogía o de la retroactividad desfavorable al reo.

En conclusión, el fundamento político del mencionado axioma se sitúa en la seguridad jurídica frente al poder estatal (necesidad de creación de delitos y penas a través de un instrumento normativo escrito y publicado); en el carácter democrático que impone la delimitación del ámbito de las conductas más fuertemente prohibidas y sus correspondientes consecuencias sancionadoras (necesidad de creación de delitos y penas a través de un instrumento normativos escrito procedente del Legislativo).

b) Fundamento jurídico. Junto a la significación política del axioma del *nullum crimen sine lege*, que se hallaba fuera de los propios muros del sistema penal, existe, de igual forma, una propia razón de ser de carácter técnico-científico que explica la necesidad del citado postulado atendiendo a criterios de carácter jurídico. Así, para Feuerbach el principio de legalidad constituía una exigencia dimanada de su propia tesis de la coacción psicológica. Si la pena actuaba como un impulso negativo en el hombre que psicológicamente le presionaba en contra

principio de legalidad, MADRID CONESA. La Legalidad del Delito [...] ob.cit.; pp. 13, 14 y 15.

de la realización del injusto, se requería, desde el punto de vista lógico, que las normas fuesen conocidas por los ciudadanos con anterioridad a la perpetración de los hechos sancionados. De otra forma, nunca podría amenazar la conminación penal si ésta no venía dotada de la publicidad suficiente, que se conseguía en aquella época precisamente a través de la ley¹¹.

Fue Beling quien con posterioridad derivó del postulado de la legalidad un componente esencial de la teoría jurídica del delito, la tipicidad, lo que llevaría a Bettioli a expresar la famosa afirmación de que el tipo es el precipitado técnico del principio del *nullum crimen sine lege*¹². De ahí que algún autor haya extraído la significación jurídica del mentado principio, siguiendo a BELING, en la categoría técnica de la tipicidad como elemento estructural de la teoría del delito¹³.

En la actualidad, si se reconoce a la norma penal en su perspectiva de hecho social, cierta capacidad para motivar a los individuos en orden a la no realización de la conducta prohibida, el principio de legalidad, en una nueva versión de las consecuencias establecidas por Feuerbach, va a coadyuvar al mantenimiento de esa tesis de la norma jurídica. También de ahí se derivará el subprincipio de taxatividad, en favor de la claridad y la determinación de los comportamientos antijurídicos; pues de otra forma el precepto penal perdería su aptitud en la pretensión de la vinculación de la conducta del destinatario en contra de la perpetración del injusto¹⁴. La propia prohibición de la irretroactividad de la ley

¹¹ Sobre la tesis de FEUERBACH. vid supra nota 7 y texto correspondiente.

¹² "...occhi un'altra tripartizione: quella del Beling, tutta polarizzata attorno alla nozione del «*Tatbestand*», la quale doveva essere il precipitato «tecnico» del principio di legalità... BETTIOLI, Giuseppe. *Diritto penale. 11ª Edición. Padova*, 1982; pp. 216 y 217.

¹³ Esta parece ser la posición de RODRIGUEZ MOURULLO. Principio de Legalidad [...] ob.cit.; p. 887. COBO DEL ROSAL, Manuel. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte general. 3ª Edic. Valencia*, 1989; p. 59.

¹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Nulla poena sine lege?*. Berlín-New York, 1978; pp. 11 y ss. Al respecto, ROXIN ha matizado que si la amenaza y la imposición de las penas contribuyen esencialmente, entre otros, a estabilizar la confianza en el Derecho por parte de la población, y en muchos casos, también a establecer las condiciones de determinación de la conducta conforme a la norma, esto sólo es posible mediante una clara determinación legal de la conducta punible. En caso contrario, afirma el autor, el Derecho Penal no puede alcanzar el resultado de guiar las conciencias, que es

penal puede encontrar su base desde este punto de vista: sería absurdo aplicar una pena a quien en el momento en que llevó a cabo la acción permitida no era susceptible de motivar su conducta en contra del comportamiento que realizó en tanto y en cuanto en ese momento no existía amenaza penal alguna determinada por una ley.

También se ha querido ver cierto fundamento técnico-jurídico del principio de legalidad en el ámbito de la culpabilidad. En este sentido se ha afirmado que si la pena presupone la culpabilidad, entonces sólo se puede hablar de culpabilidad cuando el autor antes de perpetrar el hecho, sabía o por lo menos podría conocer que su conducta estaba prohibida. Esto debería presuponer que la punibilidad estaba determinada legalmente antes de la realización del injusto¹⁵. No obstante esta consecuencia no es totalmente extraíble del principio de legalidad. Ciertamente es que la exigencia de la culpabilidad por el hecho aislado frente a la culpabilidad de autor está íntimamente relacionada con la necesidad de delimitar estrictamente por ley las conductas desvaloradas y no las distintas personalidades del autor. Pero el principio de legalidad no puede quedar reducido a esta sola consideración¹⁶.

Con todo, el fundamento político y jurídico del principio están hoy en día íntimamente relacionados y no puede extraerse una radical diferenciación de uno sobre otro¹⁷.

precisamente el fin al que están ordenados sus preceptos. ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo I. München. 1992; p. 74, núm. 23.

¹⁵ Esta derivación del principio de legalidad tiene una larga tradición. Al respecto, SCHREIBER. *Gesetz und Richter...* ob.cit.; p. 211.

¹⁶ En este sentido, SAX, Walter. *Grundsätze der Strafrechtspflege*. En: BETTERMANN-NIPPERDAY-SCHEUNER. *Die Grundrechte*. Tomo III. Vol. 2º. Berlin. 1959; pp. 999 y ss.

¹⁷ Así, VELASQUEZ VELASQUEZ. El principio de legalidad [...] ob.cit.; p. 259.

1.3 FORMULACIÓN ACTUAL: LAS CUATRO GARANTÍAS

La fórmula según la cual nadie puede ser castigado por la perpetración de un hecho si éste no ha sido calificado como delito y sancionado con una pena por una ley previa a su comisión, constituiría una mera exhortación, una simple declaración de buena voluntad sin eficacia alguna, sino se determinan unas ulteriores precisiones ordenadas a dotarle de realidad atendiendo a su esencia y a su propia razón de ser.

Con la evolución del Estado a un Estado democrático, es evidente que el Derecho Penal sufre también una transformación que va a influir en todas las instituciones y principios que lo integran, y el postulado de la legalidad no va a ser una excepción.

En la formulación de Feuerbach, la exigencia de determinación legal se establecía expresamente sólo para la pena, y de modo indirecto se podía deducir su extensión al delito¹⁸. En las líneas siguientes se van a examinar brevemente las cuatro garantías fundamentales que en la doctrina moderna se le atribuyen al principio de legalidad.

La exigencia de ley previa, como señalábamos, no viene requerida hoy en día sólo para la sanción sino que alcanza también al delito, al proceso y a la ejecución. De ahí que se haya realizado una cuádruple formulación latina del axioma de la legalidad.

a) *Nullum crimen sine lege*. Ninguna conducta, por muy antisocial o inmoral que parezca, puede ser calificada como delito sino viene definida de esta forma por

¹⁸ Recordemos que entre los brocardos latinos que definían los principios fundamentales del Derecho Penal para FEUERBACH se encontraban los del *Nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine poena legali*. Como es evidente, si se establecía para toda pena el delito correspondiente, y a su vez, aquélla era inconcebible sin la ley, la deducción lógica era evidente: *nullum crimen sine lege*.

una ley previa a su comisión. En el derecho colombiano se desarrolla en el artículo 29 párrafo segundo de la CP, hace parte del debido proceso y se encuentra dentro del capítulo I de los derechos fundamentales, estos derechos fundamentales tienen como mecanismo de protección de rango Constitucional a la Acción de Tutela.

b) *Nulla poena sine lege*. Según informa este subprincipio, aun cuando la conducta punible esté descrita previamente por ley, nadie puede imponer una sanción distinta de la que legalmente se haya establecido para ese supuesto. Violaría esta consideración las leyes que dejasen un excesivo margen de libertad al juez para que éste determinase la pena sin sujeción a regla alguna que no fuese su propio arbitrio. De ahí que las leyes penales deban mantener un equilibrio entre la exigencia de cierta determinabilidad de la sanción atendiendo al injusto cometido y al grado de culpabilidad del autor, de un lado; y, de otro, la necesidad de que el juez pueda valorar en el supuesto concreto las específicas circunstancias que distinguen, dentro de la misma figura delictiva, unos hechos de otros en el plano de la realidad. Es evidente que también se veda toda posibilidad de determinación de la sanción criminal en abstracto por un órgano que no sea el constitucionalmente designado para elaborar las leyes en sentido formal. Esto mismo es trasladable, claro está, al campo de las medidas de seguridad.

El principio de legalidad de las consecuencias jurídicas viene claramente determinado en el art. 7º párrafo Segundo del Código Penal Militar, ley 1407 de 2010: "[...] Tampoco podrá ejecutarse pena o medida de seguridad en condiciones diferentes a las establecidas en la Ley[...]" .

c) *Nemo damnatur nisi per legale iudicium*. Según el cual nadie puede ser castigado sino en virtud del correspondiente proceso penal y ante el juez natural que venga previamente establecido por la ley. Nos encontramos pues, ante el principio de legalidad procesal o garantía jurisdiccional. Este viene recogido en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 7º párrafo Segundo del Código Penal

Militar, ley 1407 de 2010: [...] ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud [...]. Por supuesto, también viene reflejado en la Constitución Política de Colombia¹⁹.

d) Por último, la doctrina suele hacer referencia a la garantía dimanada de la legalidad de la ejecución, en virtud de la cual no podrá ejecutarse pena alguna sino en la forma establecida por la Ley y la correspondiente legislación que la desarrolle.

De esta forma, y dado que el moderno Derecho Penal no sólo viene integrado por delitos y penas, sino que también conforman su propia estructura las normas que regulan medidas de seguridad, el apotegma de la legalidad se ha extendido también a este nuevo ámbito, como se ha tenido oportunidad de ver.

2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL CASO DE LA GUACA

Con base en lo visto con anterioridad la garantía a utilizar es la de *Nullum crimen sine lege*, ninguna conducta, por muy antisocial o inmoral que parezca, puede ser calificada como delito sino viene definida de esta forma por una ley previa a su comisión, la conducta desarrollada por los integrantes de las compañías Buitre y Demoledor del Batallón de Contra Guerrillas No. 50 desde el punto de vista moral militar es totalmente reprochable, hablando del Honor Militar, teniéndose en cuenta que un militar se forma como hombre integro, con los más altos valores y una ética irreprochable, por eso al encontrar ese hallazgo se debió dar parte a los superiores para poder identificar plenamente el dueño de ese dinero.

¹⁹ El principio de legalidad procesal se encuentra regulado en el art. 29 de la Constitución Política de Colombia [...]Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio [...].

Pero muy contrario al reproche social que se les debe hacer a aquellos militares que tomaron el dinero, es que esta conducta trascienda al derecho penal, no todo lo inmoral es delito ni todo delito es inmoral; fue de gran sorpresa los hechos sucedidos en desarrollo de la operación fortaleza, puesto que la orden de operación estaba dirigida a la recuperación de los tres ciudadanos de nacionalidad Estadunidense que fueron secuestrados por un grupo al margen de la ley, por esta razón lo allí ocurrido, después de una análisis concienzudo, debió arrojar como resultado que mas de algo inmoral no se trasgredió ningún bien jurídico protegido por el derecho penal militar u ordinario, mirando a los militares como funcionarios públicos.

Se expone entonces los posibles delitos en los que pudieron estar en curso los militares de la guaca:

Primero, Delito de Desobediencia²⁰, como toda orden debe ser clara, precisa y concisa, es decir debe determinar los parámetros en que se desarrollara la operación, en la Operación Fortaleza se debía perseguir a los integrantes del grupo Terrorista de las FARC, que secuestraron a los ciudadanos Estadunidenses Keith Stansell, Marc D. Gonsalves y Thomas R. Howes y buscar su liberación. En razón a esto el hecho de apropiarse de los dineros encontrados durante el desarrollo de la operación no genera la desobediencia, puesto que el hallazgo y entrega del dinero no hacían parte de la Orden de Operaciones.

Segundo, Delito de Peculado por Apropiación²¹ como este delito no está descrito como tal en el código Penal Militar, se hace remisión por analogía al Código Penal

²⁰ Se desarrolla este postulado en el Código Penal Militar, Ley 522 de 1999 en su Art. 115. Desobediencia. [...]El que incumpla o modifique una orden legítima del servicio impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años [...].

²¹ Se desarrolla este postulado en el Código Penal Ordinario, Ley 599 del 2000 en su Art. 397. Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos

Ordinario, dentro del Título XV, Delitos Contra la Administración Pública, el principal requisito para que se pueda encuadrar una conducta es que esta sea realizada por un Servidor Público, es un requisito *sine qua non*, si se tratara de un particular, cambiaría el tipo penal; siguiendo con el análisis del Peculado por Apropiación otro requisito es que exista una apropiación o aprovechamiento para sí mismo o un tercero de bienes del Estado, a partir de este momento es que se suscita la incompatibilidad entre la descripción típica del delito y los hechos ocurridos en el sector del Coreguaje, por que la norma protege el bien jurídico del patrimonio del Estado, representado por el dinero encontrado, entonces [...] bienes del estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones [...]²². ¿Cómo se determina que el dinero hallado por los militares pertenece al estado? Porque algo si es claro es que no pertenece a particulares que hayan entregado el dinero para la administración, tenencia o custodia en razón o con ocasión de sus funciones, a sabiendas que la función de los militares en ese momento fue al de rescatar unos secuestrados.

Se hace la remisión al Código Civil colombiano al artículo 669. [...] Concepto De Dominio. El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente²³, no siendo contra ley o contra derecho ajeno [...]²⁴. Teniendo en cuenta este concepto de dominio, en qué momento o lugar podría el Estado Colombiano haber gozado o dispuesto del dinero encontrado en las canecas enterradas en el sector del Coreguaje, sin existir tan siquiera la mera expectativa de que este dinero se disponía entrar a las Arcas

parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

²² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código Penal Ordinario, Ley 599 del 2000. Artículo 397. Peculado Por Apropiación.

²³ El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-598 de 1999.

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código Civil Colombiano. Artículo 669.

Estatales, caso contrario en los casos en que Funcionarios Públicos se apropian de dineros provenientes de regalías por ejemplo, que legalmente tiene una destinación y un uso.

En la adecuación típica hecha por el fiscal encargado de conocer de los hechos de la Guaca argumento que:

[...]En su intervención manifiesta que las indagatorias indican el hallazgo de los dineros, la misión primordial que cumplían las Compañías Buitre y Demoledor, era el rescate de los norteamericanos secuestrados por las FARC, en los registros de las comunicaciones aparecen los hallazgos de los campamentos, caletas con armas, municiones y fusiles; en cuanto a la Tipicidad de la Conducta, dice que en el área de operaciones los militares estaban investidos con la calidad de servidores Públicos y no reportaron el hallazgo de los dineros; los miembros de la Fuerza Pública, de acuerdo a la legislación vigente son Servidores Públicos, los deberes Constitucionales están por encima de cualquier ordenamiento, los miembros de la Fuerza Pública, tienen el deber de combatir la delincuencia y esa misión Constitucional, hacía custodios del dinero a los militares [...]²⁵

En concordancia con lo antes expuesto, se indica que el dinero encontrado pertenecía a la delincuencia por consiguiente hacia custodios a los militares, si eso es así, por que hasta el momento de presentarse el fallo de primera instancia, aun la fiscalía no pudo determinar la procedencia del dinero, es decir que hasta la fecha no tiene dueño aparente o conocido, y se realizo la tipificación de la conducta bajo un supuesto de hecho, que el dinero es de procedencia ilegal y por ser zona de control de las FARC pertenece a ellos.

Ahora bien se pretendió enmarcar este dinero como bienes mostrencos, la definición de este tipo de bienes reposa en el Artículo 706. [...] Bienes Vacantes y Mostrencos. Estímense bienes vacantes los bienes inmuebles que se encuentran dentro del territorio respectivo a cargo de la nación, sin dueño aparente o conocido, y mostrencos los bienes muebles que se hallen en el mismo caso [...]²⁶

²⁵ COLOMBIA. Sentencia Juez 6 de Instancia de Brigadas. Caso de la Guaca.

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código Civil Colombiano. Artículo 706.

con el objeto de asegurar que por el simple hecho de ser Bienes Mostrencos, su custodia estaba a cargo de la nación y por consiguiente debía entrar a hacer parte de de los Bienes del estado, primero por no tener dueño aparente o conocido se debe aplicar lo dicho en el artículo 707 del código Civil. [...] Dominio De Los Bienes Vacantes Y Mostrencos. Modificado por el art. 66, Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: El Instituto de Bienestar Familiar tendrá en las sucesiones intestadas los derechos que hoy corresponden al municipio de la vecindad del extinto de conformidad con el artículo 85 (sic) del la Ley 153 de 1887 [...] ²⁷, es decir el afectado por la no entrega de este dinero fue el ICBF, asumiendo que el dinero fuera un Bien Mostrenco, pero, sin contar que si su procedencia es ilícita se aplica la ley 793 del 27 de Diciembre De 2002 por la cual se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio para lo Bienes Ilícitos, cual es el concepto de Extinción de Dominio, se cita el de la ley antes mencionada, en su Artículo 1°. [...] Concepto. La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contra prestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley [...] ²⁸ ya antes se hablo que el dominio es un derecho real que se tiene sobre un bien para disponer de él en cualquier forma desde que sea legal, por lo tanto se debe por obligación conocer su dueño, para poder que este pierda el dominio del bien a favor del Estado, la causal para que pudiera realizar la extinción de dominio se establece en el Artículo 2°. [...] Causales. Se declarará extinguido el dominio mediante sentencia judicial, cuando ocurriere cualquiera de los siguientes casos: [...] 2. El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita [...] ²⁹.

Así las cosas el dinero encontrado en la Guaca en el sector del Coreguaje no es un Bien Mostrenco por que al hacer la imputación se hizo con la presunción de

²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código Civil Colombiano. Artículo 707.

²⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. ley 793 del 27 de Diciembre De 2002. Artículo 1°

²⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. ley 793 del 27 de Diciembre De 2002. Artículo 2°

que el presunto dueño del dinero hallado es el grupo terrorista de las FARC, pero tampoco se puede realizar la extinción de dominio del dinero sin tener certeza de que este dinero pertenece a las FARC o a otra persona para poder probar su procedencia lícita o ilícita, con la sola presunción no es viable.

Se enmarca a la perfección el hallazgo del dinero por parte de los Militares integrantes de las compañías Buitre y Demoledor en el Artículo 700 del Código Civil Colombiano. [...] Descubrimiento De Tesoro. El descubrimiento de un tesoro es una especie de invención o hallazgo. Se llama tesoro la moneda o joyas u otros efectos preciosos que, elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidos, sin que haya memoria ni indicio de su dueño [...] ³⁰ este artículo no hace distinción alguna sobre el individuo que realice el hallazgo, no pide ninguna calidad de parte de él, el tesoro puede ser hallado por un particular o por un Funcionario Público y tener los mismo efectos, además hace relación exacta al tipo de bien que hace parte de un tesoro como lo son moneda o joyas u otros efectos preciosos.

El Derecho Penal es exacto, no da cabida a especulaciones, rumores o presunciones, porque también es dar cabida a la violación de Principios como el de Legalidad, es claro que tanto en la legislación penal ordinaria, la legislación penal militar aplicable en la época que se presentaron los hechos y en el nuevo Código Penal Militar existe un vacío legal, no existe norma que trate sobre el bien llamado caso de la Guaca.

El Operador Judicial, debe ser ajeno a todo los rumores, conceptos y demás cosas que se dicen sobre el caso de estudio para que su sana crítica no se vea afectada y de lugar a llevar un juicio que no será procedente desde el punto de vista legal y

³⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código Civil Colombiano. Artículo 700.

por el contrario si se adelanta como sucedió será atentatorio contra los Derechos Fundamentales de los Procesados.

No hubo una real afectación al Bien Jurídico protegido con el Artículo 397 del Código Penal Ordinario, como se dilucido con anterioridad, el dinero no pertenece al Estado, de igual forma tampoco se podría pretender que algún día entrara a hacer parte del Patrimonio Estatal, si algo se le ha de reprochar a quienes encontraron el tesoro es que no hayan seguido la normatividad concerniente a este tipo de hallazgos, con templada en el Artículo 701 del Código Civil. [...] División del Tesoro Encontrado en Terreno Ajeno. El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá por partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento. Pero ésta última no tendrá derecho a su porción, sino cuando el descubrimiento sea fortuito, o cuando se haya buscado el tesoro con permiso del dueño del terreno. En los demás casos o cuando sean una misma persona el dueño del terreno y el descubridor, pertenecerá todo el tesoro al dueño del terreno [...] ³¹ probablemente en este caso el Estado colombiano como dueño del territorio nacional podría reclamar la parte que le corresponde del tesoro pero no como un delito sino como una falta a lo descrito en el artículo del Código Civil antes citado.

Realizando el estudio a la ley 1407 DE 2010, Código Penal Militar, que en su Artículo 6° [...] Dignidad humana. El derecho penal militar tendrá como fundamento el respeto por la dignidad humana [...] ³² señala como primer principio la Dignidad Humana, importante en el Estado Social de Derecho en que vivimos a partir de la entra en vigencia de la Constitución Política de 1991, por aquí en Colombia se olvido que los militares son Seres Humanos, que el Debido Proceso es obligatorio en la actuaciones que les son aplicables, tanto Disciplinarias como Penales, en razón a esto el Derecho Penal Militar debe ser garante de los

³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código Civil Colombiano. Artículo 701.

³² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1407 DE 2010, Código Penal Militar. Artículo 6°

Derechos Fundamentales de aquellos que en determinado momento les puede llegar a hacer aplicables la normatividad por la presunta comisión de un delito.

En esta misma ley no aparece descrito el delito de Peculado en ninguna de sus formas, pero si aparece la analogía descrita en uno de sus artículos, con la salvedad que se podrá aplicar solamente en materias permisivas, es confuso como el juez puede remitirse al Código Penal Ordinario cuando en el código Penal Militar no tipifica un hecho y esta remisión sea favorable para el indiciado.

Por el contrario aparece un nuevo Tipo Penal en el Artículo 156. [...] Saqueo. Los que en operación de combate se apoderen de bienes muebles, sin justa causa y en beneficio propio o de un tercero [...] ³³ ahora bien, se trasladan en el tiempo los hechos ocurridos en el caso de la Guaca a partir de la entrada en vigencia de este nuevo Código penal Militar, justa descripción de los hechos allí ocurridos se hace en el Artículo 156, ¿pero cuál es la justa causa para que, los que en operaciones de combate se apoderen de bienes muebles en beneficio propio o de un tercero? Donde está la descripción de lo injusto o lo justo para que el operador judicial pueda encuadrar los hechos al tipo penal, se tendría el mismo dilema que con la ley 522 DEL 1999, por analogía se debe remitir nuevamente al Código Civil Colombiano y hacer el análisis sobre qué tipo de bien mueble recae el apoderamiento para que este sea justo o injusto y aplicarlo si es factible solo si es favorable.

Para evitar que hechos como los ocurridos en el sector del Coreguaje con las compañías Buitre y Demoledor, se presente de nuevo y en ausencias de legislación que lo regule, se debe incorporar en todas las ordenes de operación, la orden permanente de que si dentro del desarrollo de la operación se encuentra material, de intendencia, de guerra, dinero nacional o extranjero, oro o plata o

³³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1407 DE 2010, Código Penal Militar. Artículo 156

cualquier otro inmueble susceptible de ser apropiado por las tropas, es obligación de la misma dar parte del hallazgo, para determinar su procedencia y su posible destinación.

La preparación actual de los militares en los centros de formación castrenses debe estar encaminada no solamente al arte de la guerra sino también como personas pulcras de intachable reputación, porque eso es lo que los diferencia de los otros actores armados en Colombia y se hace necesario que en las incorporaciones se le de mayor valor e importancia a conocer quién es la familia, toda vez que la familia es el núcleo de la sociedad y de allí parte la formación del individuo, sus principios y valores, evitando así que hechos como el llamado “Botín de Guerra” no se siga presentando, no solo porque tiene una responsabilidad penal, sino porque el individuo desde su fuero interno sabe que es un acto de vandalismo, reprochable en todo momento y lugar a un militar.

La Honorable Corte Constitucional es clara en decir en que casos los servidores publico son podrán ser juzgados [...] El principio de legalidad, que forma parte del debido proceso, se halla consagrado en varias normas constitucionales, principalmente en los artículos 6 y 29 que establecen que los servidores públicos no pueden ser juzgados “sino conforme a las leyes preexistentes” y que “sólo son responsables por infringir la constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Así mismo, acerca de la regulación de las atribuciones de los funcionarios públicos, los artículos 122 y 123, inciso 2, determinan que estos “ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento” y que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”. Por último, en cuanto a la responsabilidad de los empleados públicos, el artículo 124 superior establece que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos [...]”³⁴

³⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-467 del 2009.

CONCLUSION

Se deben tomar medidas alternativas para evitar que la tropa repita los hechos ocurridos en el caso de la Guaca, toda vez que a pesar de que existe un nuevo ordenamiento Penal Militar, no tipifico este hecho, alternativas como la propuesta con anterioridad, de tener una orden permanente en las ordenes de operación, así podría tipificarse como desobediencia el incumplimiento a esta orden, ya es del menester de los Asesores Jurídicos Operacionales, busca la vialidad de la propuesta.

De igual forma también se puede iniciar con la primer reforma a la ley 1407 del 2010, en su Artículo 156. Saqueo, y complementar con la descripción exacta de los casos en que sea injusto el apoderamiento de bienes muebles, para así, poder darle al operador judicial las herramientas necesarias para determinar si la conducta desplegada es típica o no.

Es de suma importancia no olvidar que el principio de Legalidad tiene como principal fuente el Derecho Internacional, en la Declaración Universal De Derechos Humanos en sus Artículos 10 y 11, que de allí se introdujo en el Bloque de Constitucionalidad y se desarrolla en los diferentes Códigos, por tal razón su aplicación es de obligatorio cumplimiento .

Por último se hace forzoso reiterar la necesidad de proteger los Derechos Fundamentales de aquellos que con su trabajo evitan que se vulneren los derechos de sus conciudadanos, sin olvidar que esas personas, además de Militares también son padres, hermanos, hijos, que por su formación castrense se exige de ellos mayores calidades que a los demás, pero no por esto son infalibles, así que el llamado es para que el fortalecimiento de las Fuerzas Militares y de

Policía no solo sea bélico, también sea del apoyo y respaldo de la Población Civil hacia estos.

FUENTES

ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Sobre el principio de Legalidad. España. Editorial Tirant Lo Blanch. 2010.

ARAGON REYES, Manuel. Estudios de derecho constitucional. Madrid. Centro de estudios políticos Y constitucionales. 1998.

BECCARIA, Cesare De. De los delitos Y de Las penas. 1764.

BUSTOS PUECHE, José Enrique. Manual Sobre Bienes Y Derechos De La Personalidad. Editorial Dykinson. 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Argentina. Editorial Marcial Pons. 2009.

COBO DEL ROSAL, Manuel, Principio de legalidad y ministerio fiscal. Cuadernos de Política Criminal. Madrid. Editorial Tébar. 1977.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1407 DE 2010, Código Penal Militar.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código Civil Colombiano.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 793 del 27 de Diciembre De 2002.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 599 del 2000, Código Penal Ordinario.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 522 de 1999, Código Penal Militar.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991. Editorial Leyer. Año 2009.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-467 del 2009, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Artículo 10 y 11. En: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

GROSS ESPIELL, Héctor, Estudio Sobre Derechos Humanos. Madrid. Editorial Civitas, 1988

HALL, Jerome. El principio de legalidad (*nulla poena sine lege*), Buenos Aires. Editorial Buenos Aires, 1959. En: Revista Jurídica Argentina La Ley, Tomo 54.

PORTERO MOLINA, José Antonio. Constitución y Jurisprudencia Constitucional. Madrid. Tirant lo Blanch 2000.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Principio De Legalidad. En: Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XIV. Madrid. Editorial Aranzadi S.A. 1971.

RUBIO LLORENTE, Francisco. La Forma del Poder, Estudios Sobre la Constitución. Madrid. Editorial Bosch S.A. 1993.

SEGOVIA, Juan Fernando. Derechos Humanos y Constitucionalismo. Barcelona. Ediciones jurídicas y sociales. S.A. 2004.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, El Principio de Legalidad Jurídicopenal. Madrid. Editorial Reus. 1986.

VICENTE MARTINEZ, Rosario De. El Principio de Legalidad Penal. Madrid. Editorial Tirant Lo Blanch, 2004.

TECNICAS

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-467-09.htm>

http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_legalidad

<http://www.un.org/es/documents/udhr/>