

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**ELEMENTOS INTEGRADORES DEL FUERO MILITAR COMO DETERMINANTES
DE COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR**

**VIRNA GUTIERREZ OSORIO
JENNY CAROLINA MORENO DURAN**

ARTICULO

Director: JAIME SANDOVAL

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE POSGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIA MILITAR
BOGOTÁ D.C.
2012**

**ELEMENTOS INTEGRADORES DEL FUERO MILITAR COMO DETERMINANTES
DE COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR**

**VIRNA GUTIERREZ OSORIO
JENNY CAROLINA MORENO DURAN**

DIRECTOR: JAIME SANDOVAL

2012

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL
Y JUSTICIA MILITAR**

RESUMEN

Se analiza el criterio determinante de competencia excepcional de la justicia penal militar en procesos originados por conductas punibles desplegadas por miembros de la Fuerza Pública, fundamentado en que tal comportamiento antijurídico sea ejercido exclusivamente en desarrollo de actividades propias del servicio, lo cual, como se indagó, ha suscitado diversas interpretaciones, doctrinarias, jurisprudenciales y normativas, que a su vez han generado una constante discusión sobre la procedencia de la competencia de la justicia penal militar o la ordinaria, no obstante, se establece que existen elementos de juicio para decidir con certeza cuál debe ser la jurisdicción en un caso concreto.

PALABRAS CLAVE: Justicia penal militar, Jurisdicción especial, jurisdicción ordinaria, fuero militar, elementos integradores.

INTEGRAL ELEMENT OF MILITARY JURISDICTION COMPETITION AS DETERMINANTS OF MILITARY CRIMINAL JUSTICE

ABSTRACT

We analyze the competition criterion exceptional military criminal justice processes caused by criminal conduct by members of the deployed forces, based on such unlawful behavior is exercised only in development activities of the service, which, as investigated has led to various interpretations, doctrinal, jurisprudential and regulations, which in turn have generated a constant source of discussion about the competence of military courts or ordinary, however, states that there are evidence to decide with certainty which should be the jurisdiction in a particular case.

KEYWORDS

Military criminal justice, special jurisdiction, general jurisdiction, military courts, integrating elements.

INTRODUCCIÓN

Recientemente se ha puesto de presente con mayor énfasis¹, una tradicional discusión, relativa a la procedencia de manera excepcional, de la justicia penal militar o, contrario sensu, de la ordinaria, en un proceso originado de la ejecución de una conducta punible por parte de cualquier miembro de la Fuerza Pública, que según al artículo 4 del código penal militar son los miembros del Ejército de Colombia y la Policía Nacional, y ello obedece en términos prácticos a diversos factores políticos, económicos, sociales y etc.

En efecto, no puede pensarse que sea una problemática exclusivamente jurídica, aunque por supuesto, hacía allí confluye, sino que se advierte que la determinación de competencia entre una u otra jurisdicción² depende en gran medida de un conjunto de factores, que entre otras cosas, giran en torno a la evolución social, y debe recordarse precisamente que la jurisdicción se erigió como una respuesta a una necesidad y realidad social de mantener una armonía y coherencia social, en ese sentido y partiendo de dicha consideración se puede lograr comprender no solo la procedencia formal sino sustancial de una determinada jurisdicción³.

Ahora que, dentro de los factores políticos, económicos, sociales y culturales que han incidido en la discusión de la procedencia de la justicia penal militar o de la ordinaria en un caso concreto, se encuentran por ejemplo el hecho de que se afirma

¹ Sobre el particular es oportuno considerar las manifestaciones realizadas por el ministro de la Defensa, Juan Carlos Pinzón, en diciembre de 2011, frente a la comisión de juristas nacionales e internacionales de las que se puede resaltar la pretensión del Gobierno Nacional de crear "Una comisión para que se sienten y miren en el marco constitucional e institucional de la Justicia Penal Militar, con lo cual se podrá dar cierta independencia a esta Justicia y así subsanar la desconfianza que hay en la ciudadanía sobre su actuación., artículo disponible en internet y consultado el 24 /01/2012 en http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/C/comision_de_abogados_analizara_justicia_penal_militar/comision_de_abogados_analizara_justicia_penal_militar.asp

² Cabe resaltar que Según Piero Calamandrei, en su texto de Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962. establece que en realidad solo existe una Jurisdicción, que es la Facultad del Estado para hacer efectivo un derecho al mismo tiempo en que se configura un escenario de justicia que redunde en sana convivencia y armonía social.

³ Se reitera de que solo existe una Jurisdicción pero de otro lado se considera que en Colombia hay una sub clasificación de jurisdicción y la penal militar se denomina como excepcional. Según lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, (...) **administran justicia: la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los jueces y la Justicia Penal militar** de la Constitución Política de 1991.

que la justicia penal militar hace parte de la Rama ejecutiva del poder⁴ y en consecuencia presumiblemente pudiera no ser del todo autónoma y no sería la más idónea ya que carecería de imparcialidad.

Adicional y recientemente se ha venido presentado una presión de tipo internacional que propende por que la justicia penal militar no sea la que conozca los asuntos derivados de la vulneración de derechos humanos, ya que según algunos funcionarios de la “Human Right Watch”⁵ le han manifestado al Gobierno Nacional su preocupación por los altos niveles de vulneración, violación y puesta en riesgo de derechos humanos de los ciudadanos derivados de actuaciones de los miembros de la Fuerza Pública.

Desde el punto de vista cultural, actual y paulatinamente se ha ido perdiendo la formación y asimilación de la vida castrense como fundamental en el Estado⁶, ello a pesar de que las Fuerzas Armadas de Colombia y la Policía Nacional, día a día, realizan una extraordinaria y compleja labor, lo cual los expone, por ejemplo, a ser juzgados cuando en desarrollo de sus acciones pueden de una u otra forma encontrarse involucrados con situaciones en las que se vulneran bienes jurídicamente tutelados de algunos ciudadanos.

En ese sentido, pareciera injusta la imposición de reglas, sanciones y penas contundentes para los miembros de la fuerza pública, aunque ello sea necesario para la consolidación de un Estado de Derecho respetuoso irrestrictamente de los derechos y prerrogativas de los ciudadanos, porque a veces la justicia es más

⁴ Precisamente dentro del “Revolcón de la Justicia Penal Militar” que se ha propuesto por el Gobierno Nacional, desde el año 2011, se planteó que la Justicia Penal Militar **sea conducida por civiles**. Ello debido que para el legislador, el reto en Colombia es que muchas veces la Justicia Penal Militar se considera ser menos exigente que la Justicia Ordinaria y eso lleva a mucho activismo judicial. E incluso se afirmó que: “La Justicia Penal Militar deber ser integrada por civiles. Ésta debe ser elegida de temas que envían al Presidente de la República la sala penal de la Corte Suprema de Justicia”, tales manifestaciones se pueden evidenciar en el artículo del diaria el espectador consultado el día 24 de enero de 2012 en <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-317553-proponen-justicia-penal-militar-sea-conducida-civiles>

⁵ Ibíd.

⁶ Por supuesto que en ello ha incidido drásticamente el tema de los falsos positivos, que sin embargo no refleja la generalidad de los actos castrenses.

flexible, laxa y hasta inexistente para controlar, juzgar y condenar las conductas criminales desplegadas por los criminales, entiéndase, delincuencia común, guerrillas o grupos paramilitares, quienes en vigor de acuerdos de desmovilización pueden purgar penas irrisorias por graves crímenes cometidos contra la población civil y en mayor proporción en contra de los miembros de la fuerza pública.

En efecto, así lo ha comprendido el Gobierno Nacional y mediante la promulgación de la Ley 1448 de 2011, se reconoció formalmente que en Colombia se presenta y se ha afrontado desde hace décadas un “**conflicto interno**”⁷ que comporta una gran incidencia en el papel desempeñado por la Fuerzas Públicas que resulta ser tan importante como complejo, ya que al reconocerse el conflicto, todo el ordenamiento jurídico debe orientarse a la configuración normativa que ponga de relieve reglas de juego claras para todos: tanto a los ciudadanos, militares e incluso a los integrantes de los grupos armados ilegales⁸.

Así las cosas, y en el contexto generado por la Ley de víctimas, en pleno vigor, sin duda, es necesario que exista una justicia especializada que responda al contexto actual del país, en el que se reconoce abiertamente la existencia de un conflicto interno, por lo cual, en virtud de tal escenario fenomenológico, se presentaran a futuro situaciones que pueden llevar a un miembro de la fuerza pública a enfrentar un proceso penal, el cual debe contemplar su rol y función especial dentro de la sociedad y en consecuencia tomar los correctivos procedentes.

De tal manera que resulta de gran relevancia jurídica y social analizar los elementos integradores del fuero militar para poder establecer sin la menor dubitación posible, la competencia, o la facultad de avocar conocimiento en un determinado proceso,

⁷ Tal reconocimiento se hizo en el artículo 3 de la Ley 1448 “Ley víctimas” así: (...) *Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.* (...)

⁸ En ese sentido se orientaron las manifestaciones del Alto mando del Ejército cuando se expuso el apoyo incondicional al estatus de conflicto interno por parte del Gobierno, ver artículo revista semana de mayo de 2011 disponible en <http://www.semana.com/politica/cupula-militar-clave-para-reconocimiento-del-conflicto-armado/156487-3.aspx> consultado el 25 de Enero de 2012.

por parte de la justicia penal militar, fundamentado esencialmente en que la conducta antijurídica sea ejecutada en desarrollo de actividades propias del servicio.

Actividades derivadas del servicio que, como se indagó, suscita diversas interpretaciones, doctrinarias, jurisprudenciales y normativas, generando una constante discusión sobre la procedencia de la competencia de la justicia penal militar o la ordinaria, no obstante, se establece que existen elementos de juicio, como la clasificación, naturaleza, y características de “los actos de servicio” determinados normativa y jurisprudencialmente, para decidir con certeza cuál debe ser la jurisdicción en un caso concreto.

En ese sentido, se entra a analizar un tema eminentemente procesal, que incluso, bien podría denominarse pre procesal, puesto que al estudiar los elementos constitutivos del fuero militar se está en términos prácticos ahondando en un factor de competencia, el cual no puede entenderse de una manera trivial, puesto que de su estructuración depende todo el proceso penal y es así como incluso un proceso surtido mediante una jurisdicción, ora penal militar, ora ordinaria, puede ser anulado en recurso de Casación.

Efectivamente, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de la Sala Penal radicado 25.405 de mayo 23/2007, decreto la nulidad del proceso penal, adelantado mediante la justicia penal militar, porque a juicio del máximo tribunal, no se estructuraban todos los elementos del fuero militar, al mismo tiempo envió las respectivas copias a la Fiscalía General de la Nación, para que diera inicio al proceso penal mediante la justicia ordinaria, bajo el procedimiento señalado para tal fin en la Ley 906 de 2004.

Así que es relevante identificar si realmente en un caso concreto, se constituye el fuero, porque determinara la competencia de la justicia penal militar y blindara al proceso de nulidad, así que se analizan los elementos integradores del fuero, por lo que se realizó una investigación teórica, cualitativa, propositiva y descriptiva porque

“así se crean las condiciones esclarecer hechos de los hallazgos en sus realizaciones y manifestaciones, pues en ultimas se hacen investigaciones para describir y clasificar”⁹.

ELEMENTOS INTEGRADORES DEL FUERO MILITAR COMO DETERMINANTES DE COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

“Si la justicia existe, tiene que ser para todos; nadie puede quedar excluido, de lo contrario ya no sería justicia”

Paul Auster

Ciertamente se comparte lo manifestado por Auster, de que la Justicia debe ser para todos, y se hace alusión a ello, porque como bien se manifestó en el acápite introductorio, suele instalarse en el imaginario colectivo, que en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, al ser juzgados por la Jueces y Tribunales militares, pueden escapar a la mano de la justicia¹⁰, lo cual indica una clara y manifiesta desconfianza por la administración de justicia ejercida por miembros de la misma Fuerza pública y se ha propuesto, como también se indicó en la introducción, que la justicia penal militar sea ejercida por particulares.

Empero lo anterior, no existen argumentos de peso para poder ni establecer que la Justicia Penal Militar sea ineficaz, laxa o irregular, no obstante, es imperativo solidificar la imagen institucional, y por supuesto, la eficacia de la Justicia Penal Militar, la cual no puede ser víctima de ataques indiscriminados y hasta intromisiones de la Justicia ordinaria, pues puede presentarse que en algunos casos, motivados

⁹ Rodríguez J. El proceso de Investigación aplicado a la Ciencia Jurídicas. Bogotá 2010, p. 59.

¹⁰ La justicia en términos prácticos se considera como perse la actividad jurisdiccional, es decir, no se comprende desde su dimensión conceptual o teórica sino desde su administración mediante un órgano habilitado para ello, léase como regla general; Rama judicial del poder público. Ver artículo 116 de la Carta Política de Colombia.

por presiones mediáticas, se trasladen procesos que le competen a la jurisdicción especial a la ordinaria.

De tal forma que pragmáticamente puede fortalecerse la Justicia Penal Militar, al considerarse de manera uniforme el criterio objetivo que le asigna su inequívoca competencia, lo cual solo puede hacerse al analizar los elementos determinadores de su competencia que esencialmente se constituyen como los presupuestos necesarios para estructurar el fuero militar, dicho de otra manera, **el fuero determina la competencia**, por lo que se deben analizar concretamente los elementos del fuero.

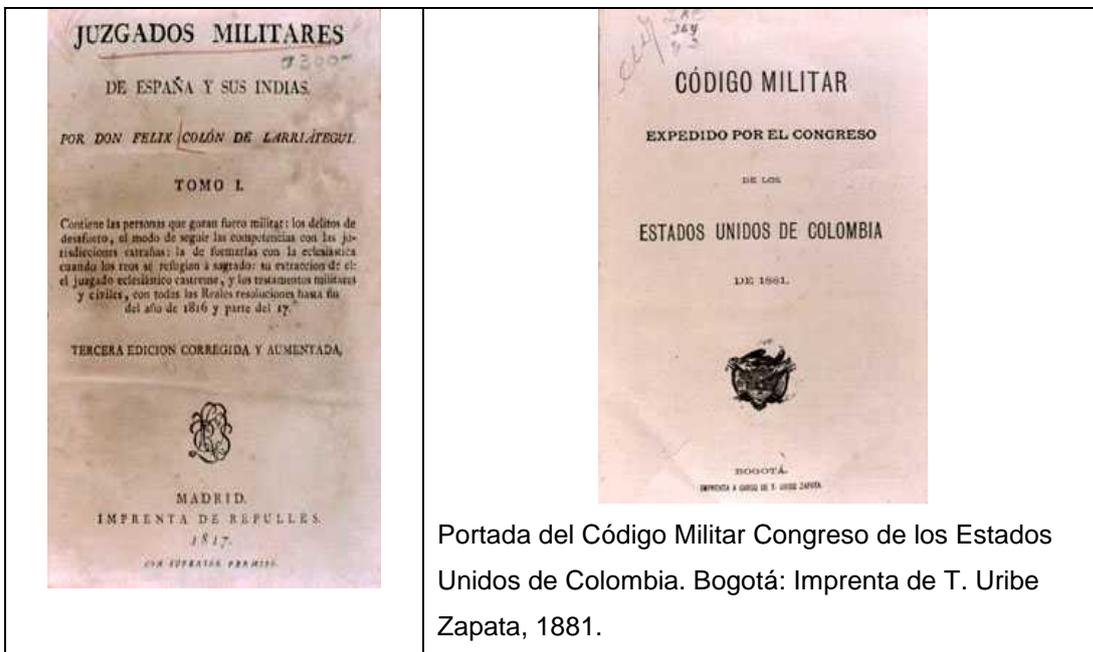
Bajo ese orden de ideas, concretamente se analiza si se estructura o no el fuero militar para determinar la competencia, por lo cual es oportuno considerar de donde se origino, y en ese sentido brevemente esbozar la noción de justicia penal militar, reconocer sus antecedentes en Colombia para luego definir el fuero y profundizar en sus elementos integradores.

JUSTICIA PENAL MILITAR

Valga resaltar nuevamente que al referirse a Justicia, en este caso Militar, se hace en términos prácticos comprendiendo la actividad jurisdiccional del Estado, no desde su dimensión conceptual o teórica sino desde su administración mediante un órgano habilitado para ello, ahora que teniendo ello claro respecto a la justicia Penal Militar o Castrense puede decirse que en Colombia es una herencia española y “nace del Fuero Militar, institución muy antigua que se remonta a las legiones romanas (...) consistente en el juzgamiento de los delitos cometidos por militares en tribunales castrenses. Con el tiempo, el componente jurídico que era el mismo empleado en la justicia ordinaria comenzó a diferenciarse dada la especificidad de los actos punibles”¹¹.

¹¹ Álvaro Valencia Tovar, Tomado de: Revista Credencial Historia, (Bogotá - Colombia). Edición 152 Agosto de 2002, disponible en Internet en <http://www.banrepcultural.org/book/export/html/73242> consultado el día 30 de Enero de 2012.

De lo anterior se puede colegir la especificidad de una Jurisdicción tradicional para los delitos cometidos por militares, lo cual por supuesto se da paralelamente a la noción de jurisdicción en sentido estricto, es así como, desde el derecho romano se le otorgaba a los integrantes de los ejércitos una calidad especial y en consecuencia un procedimiento exclusivo para el juzgamiento de sus actos, y ello se evidenció en Colombia durante el siglo XIX, con reformas menores, pero con reconocimiento constitucional en todas las Cartas promulgadas a lo largo de esa centuria (las de 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, 1886).¹²



Imágenes en las que se evidencia la existencia de la Justicia Penal Militar. Fuente: Archivos

digitales Biblioteca Luis Angel Arango.

De tal forma que en Colombia se configuró la Justicia Penal Militar desde hace más de 2 siglos, y en ese sentido la Constitución de 1886 en el Título XVI artículo 170 estableció un aspecto fundamental respecto de la justicia penal, que incluso fue mantenido casi en su integridad en la Constitución Política de 1991¹³; "De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio,

¹² *Ibíd.*

¹³ Ver artículo 221 de la Constitución Política de 1991.

conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”¹⁴

Así las cosas, al existir tanto un código penal, como Cortes Marciales o tribunales militares, se infiere ciertamente que en Colombia ha existido una bien estructurada y definida justicia penal militar que en términos del profesor Reyes Echandía, se constituye como “un derecho especializado en cuanto ordinariamente se aplica a una determinada categoría de personas por lo cual el Estado previó una jurisdicción penal especializada al personal de las fuerzas militares en el caso de la comisión de ilícitos previa y expresamente señalados en el Código de Justicia Penal Militar”¹⁵

Bajo ese orden de ideas se precisan tres elementos indivisibles: 1. El código Penal Militar, 2. Los jueces, y tribunales Militares y 3. Los miembros de la Fuerza Pública que cometen ilícitos, lo cual erige la denominada justicia penal militar, que en los términos del artículo 116 se constituye como excepcional, por supuesto, a la justicia ordinaria, que es la facultada por regla general, pero que en el caso de los miembros de la fuerza pública no procede en los casos en los que las conductas punibles desplegadas por los funcionarios se encuentren reglas, prescritas o tipificadas en el Código Penal Militar, caso en el cual se erige el denominado “**fuero militar**”.

FUERO MILITAR

Como bien se ha perfilado desde párrafos atrás, el fuero militar, indica una condición especial que debe ser tenida en cuenta por la Jurisdicción para poder asumir competencia, en un proceso particular en el que el sujeto activo de una conducta punible sea un miembro activo de la fuerza pública, y en términos de la constitución política de 1991 se establece que: “al señalar que los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, serán conocidos por las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados

¹⁴ Constitución Política de Colombia de 1886 artículo 170.

¹⁵ Reyes Alfonso. Derecho penal, Editorial Temis, Bogotá 1996. p. 5.

por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”¹⁶. Subrayado fuera de texto.

Nótese como desde el artículo constitucional se establecen los elementos integradores del fuero militar, que serán analizados más adelante, pero que señalan las características del fuero militar, que no es otra cosa, que indicar que condiciones deben cumplirse para que un miembro de la fuerza pública sea procesado por la justicia penal militar o contrario sensu, por la ordinaria, lo cual permite evidenciar la importancia de la noción de fuero, ya que materialmente logra distinguir o materializar un tratamiento especial a una persona respecto de los ciudadanos en general.

De allí entonces se establece el carácter excepcional de administrar justicia frente a un sujeto diferente al común, un sujeto de especial tratamiento jurisdiccional en virtud, en este caso¹⁷, de su función estatal, de integrante de la Fuerza Pública que desarrolla unas de las funciones más relevantes en el Estado de Derecho como son la de protección de la Soberanía y el establecimiento de la ley y el orden en todo el territorio nacional, entre otras.

Así las cosas, el fuero militar no es un mero capricho, o una figura que consolide una desigualdad material entre los ciudadanos, sino que responde a todo un entramado institucional que requiere contar con procedimientos exclusivos, propios y expeditos para poder auto-regular una compleja institución, que día tras día debe enfrentar los más duros embates, no solo de los grupos al margen de la Ley, sino de errores cometidos por algunos de sus funcionarios, que sin embargo, no pueden condenar y desvirtuar a toda los miembros de la fuerza pública.

Ahora que sobre el fuero en el código penal militar en su artículo 195 prescribe que “cuando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el

¹⁶ Artículo 221 de la Constitución Política de 1991.

¹⁷ Porque es importante señalar que la norma fundamental contempla otros como los jueces de paz, y la jurisdicción indígena.

mismo servicio, cometa delito previsto en el código penal ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar”.¹⁸

Postulado que reitera lo dispuesto por la Constitución Política en su artículo 221, y bajo esa misma premisa el artículo 18 del código penal militar, dispone que: “En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este código”¹⁹. Destacándose así el carácter del fuero de excepcionalidad, aplicable solo a lo consagrado en el código penal militar.

ELEMENTOS DEL FUERO COMO DETERMINANTES DE COMPETENCIA

Contando con una noción de justicia penal militar y de fuero militar es procedente profundizar en el asunto de los elementos del fuero, para lo cual se considera con gran relevancia junto a las disposiciones normativas los avances jurisprudenciales en la materia, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, ya que son las que vigorizan el derecho,²⁰ en el entendido de que son los que han edificado toda una posición interpretativa de las normas y sobre contexto del fuero militar en Colombia.

Bajo ese orden de ideas, resulta de gran interés la Sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional, en la que el alto tribunal estableció concretamente la interpretación de los elementos del fuero que restringen la actividad jurisdiccional de la justicia penal militar, para lo cual inicio su argumentación señalando que “fue el propio Constituyente, el que limitó el alcance del fuero militar y la aplicación

¹⁸ Artículo 195 del código penal militar.

¹⁹ Artículo 18 del código penal militar.

²⁰ Según el profesor Diego López Medina la Jurisprudencia se considera como el derecho vivo, Derecho de los Jueces, 2006. Editorial Legis Página 140.

excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar **los elementos estructurales de éste**, pues expresamente señaló que sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la fuerza pública, entiéndase fuerza militar y policía nacional, cuando éstos cometan un delito relacionado con el servicio mismo.

Así, se ha dicho que **son dos los elementos** que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio”.²¹ Negrillas fuera de texto.

Se evidencia entonces del análisis de la Corte Constitucional que básicamente hay dos elementos concretos que por un lado constituyen el fuero y por otro determinan la Competencia de la Justicia Penal Militar, que entre otras cosas, se encuentran debidamente regulados, particularmente de los artículos 1 al 3, aunque es reforzado tácitamente en todo el articulado y así en el artículo primero que fue recientemente reformado por la Ley 1407 de 2010, se establece que:

“Los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública **en servicio activo, y en relación con el mismo servicio**, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”²².

Del artículo citado vale la pena resaltar y reiterar que se enuncian los elementos configuradores del fuero, 1. “Miembros de la fuerza pública **en servicio activo**” y 2. “**En relación con el mismo servicio**”, siendo este último explicado en el mismo

²¹ Sentencia C-878/00 con Magistrado Ponente,

²² Artículo primero del código penal militar (actualizado con la reforma de 2010)

estatuto normativo en el artículo segundo señalando cuales son aquellos delitos relacionados con el servicio:

“Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública **derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia**. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública”²³

Del artículo citado se infiere la ambigüedad de la definición de los delitos relacionados con el servicio y que ha generado las diferentes posturas académicas, jurisprudenciales y personales sobre el particular, lo cual incide directamente en la determinación de competencia, en ese sentido, se piensa que en efecto la ley resulta algo imprecisa, sin embargo en el artículo 3 del mismo código penal militar complementa prescribiendo que delitos no son relacionados con el servicio: “(...) en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia (...)”²⁴

A pesar de tal aclaración de cuales delitos no se consideran relacionados con el servicio, persiste la ambigüedad señalada anteriormente, puesto una interpretación clara sería que si no son los enunciados, son todos los demás, por lo que a continuación se busca concretar efectivamente de que manera lo han interpretado las altas cortes, para de esta forma simplificar la determinación de competencia en un caso en particular.

Ahora bien, de manera didáctica a continuación se relaciona un cuadro en el que se sintetizan los argumentos tanto de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte

²³ Ibidem. Artículo 2.

²⁴ Ibidem. Artículo 3.

Constitucional, esbozados en algunos fallos de Casación y de Constitucionalidad respectivamente, para establecer de qué forma puede determinarse que un delito cometido por un miembro de la Fuerza Pública debe ser competencia o no de la justicia penal militar.

**ARGUMENTOS PARA ESTABLECER QUE DELITOS SON O NO
DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD DEL SERVICIO²⁵**

La Corte Suprema de Justicia establece concretamente, para determinar la competencia de la justicia penal militar, en Sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia **21.923** de 25 de mayo de 2006 que:

a) **La conducta punible debe ser el resultado de un desbordamiento funcional**, es así que la conducta imputada se analiza con miras a establecer su proximidad y relación sustancial con la esfera de funciones inherentes al cargo.

b) En la Sentencia Radicado **18.729** de la misma Sala Penal del 2 de

La Corte Constitucional estableció los parámetros concretos para determinar la competencia de la justicia penal militar, en la Sentencia C-358 de 1997, así:

a) **Debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio**, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado.

Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, deben tener lugar durante la

²⁵ Cuadro diseñado por los autores del presente artículo, para sintetizar los argumentos de las Cortes en las sentencias: Sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional, de las Sentencias 21.923 de 25 de mayo de 2006, 18.729 del 2 de octubre de 2003, 17.946 de 10 de marzo 2004, entre las más importantes de la Corte Suprema de Justicia.

octubre de 2003, se indico que:

Es necesario que entre las funciones propias del servicio militar o policial y la conducta punible investigada, **debe presentarse una relación** según la cual el delito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que prestan las Fuerza Armadas o la Policía Nacional”.

c) En la Sentencia Radicado **17.946** de 10 de marzo 2004 se precisó que cuando la actividad funcional dentro de cuyo contexto se comete el hecho punible es ideada o utilizada para la realización de la conducta, o cuando se usurpan competencias con igual propósito,

O la conducta desarrollada contradice abiertamente los cometidos de la función policial o militar, destruyendo cualquier hilo conductor entre el servicio y el hecho investigado (**como cuando se cometen delitos de gravedad inusitada**),

realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria.

b) Que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad.

Toda vez que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. (...)

<p>O cuando resulta totalmente desconectada de la labor policial o militar que se viene cumpliendo, <u>no opera la protección foral</u>, por ausencia de relación con el servicio.</p>	<p>c) Que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que <u>aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse.</u></p>
---	--

Como se puede evidenciar de lo sintetizado en el cuadro, los dos máximos tribunales del país coinciden en varios criterios, es así como del estudio del precedente judicial de ambos entes, puede decirse que objetivamente se consideran actos del servicio y en consecuencia son de competencia de la justicia penal del servicio cuando:

- 1. Naturaleza de la conducta:** Extralimitación - Desbordamiento de la función legal como miembro de la fuerza pública
- 2. Vínculo en la conducta punible y la actividad del servicio,** Dada la extralimitación o desbordamiento de la función legal debe identificarse el vínculo próximo y directo es así que el delito será de competencia de la justicia penal militar si se deriva de una conducta legítima, pero desborda o extralimitada, por lo cual si la conducta no es legítima será competencia de la justicia ordinaria.
- 3. La conducta no debe contradecir abiertamente los cometidos de la función policial o militar,** es decir no solo no se contemplan actos que no son propios de la función sino que además no debe ser desconectada de la labor policial o militar tal

como sucede cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad y es competencia de la justicia ordinaria.

4. Que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse.

Son entonces cuatro criterios que permiten identificar con meridiana claridad cuando se constituye o no el fuero militar, desde el elemento esencial de “**en función del servicio**” que complementa el otro elemento “de miembro activo de la fuerza pública” lo cual determina la competencia de la justicia penal militar o en su defecto de la justicia ordinaria.

De tal suerte que en términos de la Corte Suprema de Justicia, “se hace imprescindible advertir que, no obstante, encontrarse acreditada en el plexo probatorio la calidad de miembro activo de la Policía o del Ejército, si los actos antijurídicos (por acción u omisión) desplegados por el sujeto activo en contra de algún bien jurídicamente tutelado por el legislador, no tienen relación directa con los fines de carácter institucional previamente estipulados por la ley, se estará en presencia de una conducta típicamente común, la cual, como es obvio, deberá ser judicializada, por la jurisdicción ordinaria. Por tanto, si miembros de la Fuerza pública, mediante comportamientos antijurídicos no relacionados con el servicio; sus conductas típicas, desde luego, son y serán siempre punibles bajo la égida de la jurisdicción ordinaria y no podrán ser investigados ni juzgados por sus pares.”²⁶

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia, establece concreta y particularmente que no solo se puede comprender el fuero militar desde el elemento subjetivo de la calidad

²⁶ Corte Suprema de Justicia en Sentencia de la Sala Penal Corte, identificada con el radicado 25.405 del 23 de mayo de 2007.

de miembro activo de la Fuerza Pública, sino que además debe considerarse que la conducta punible desplegada por aquel debe guardar vínculo directo con sus funciones legítimas y constitucionales de policía²⁷, y que se materializa como un desbordamiento o extralimitación de dichas atribuciones.

Adicionalmente no puede configurarse como tal ni los delitos de lesa humanidad ni cualquier otra actividad criminal porque no hacen parte de las facultades legales, materiales, laborales, personales y profesionales de ningún ciudadano colombiano, incluidos los militares y miembros de la policía Nacional, aunado a lo anterior todas las pruebas deben indicar que no se trata de alguna de dichas situaciones y que se cumplen con los elementos de funcionario activo y en desarrollo de sus funciones, para que plena e inequívocamente asuma competencia la justicia penal militar y no la ordinaria.

²⁷ Lo cual tiene una gran connotación pues en palabras de la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997 se establece que *“La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial”*.

CONCLUSION

La justicia penal militar en Colombia tiene una razón de existencia, documentada en el desarrollo del artículo, que incluso proviene desde España que a su vez la asimilo de derecho romano, institución que en el país ya cuenta con una larga tradición desde el siglo XVII, y que se ha preservado en el tiempo, evidencia de ello es la asimilación en la Carta Política de 1991, que no dista mucho de la de 1886 respecto de la importancia de la labor de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, por lo cual se requiere de un expedita jurisdicción, la cual es autónoma, especializada y esencialmente excepcional.

Así las cosas, durante el desarrollo del artículo se estableció que los miembros activos de la Fuerza Pública, que cometen alguna conducta punible son aforados siempre y cuando el acto criminal desplegado por aquel tuviera relación con el “servicio oficial”, en los términos expuestos por la Jurisprudencia de las altas Cortes, es decir, en la que se evidencie que pudo haberse presentado una extralimitación y desbordamiento de funciones legítimas, porque de no ser así el fuero no se estructura y debe tramitarse por la justicia ordinaria y con dicha claridad derivada del conocimiento objetivo de los elementos integradores del fuero puede identificarse si realmente en un caso concreto, se constituye el fuero o no, lo cual de inmediato señalara la competencia de la justicia penal militar o de la ordinaria y blindara al proceso de cualquier intento de nulidad o preclusión

BIBLIOGRAFIA.

ACTO LEGISLATIVO No. 02 DE 1995 Diario Oficial No. 42.159, Diciembre de 1995.

CALAMANDREI PIERO, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

CÓDIGO PENAL MILITAR Bogotá, Colombia: editorial Leyer.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1997. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 mayo de Radicado No. 200621.923

-----, Sala de Casación Penal del 2 de octubre de 2003, Radicado No. 18.729

-----, Sala de Casación Penal del 10 de marzo 2004 Radicado No. 17.946

-----, Sala de Casación Penal, del 23 de mayo de 2007 Radicado No. 25.405

LOPEZ M. Diego, El derecho de los jueces, editorial Legis, Bogotá 2006.

PEÑA VELÁSQUEZ, Edgard. Comentarios al nuevo Código penal Militar. Bogotá D.C.: Editorial Librería del Profesional. Marzo de 2001.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho penal. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A. . 1996.

RODRIGUEZ ORTEGA. Julio Armando. El Proceso de Investigación Aplicado a la Ciencias Jurídicas. Bogotá: 2010.

RODRÍGUEZ USSA, Francisco. Derecho penal militar. Teoría general. Primera parte. Publicaciones Jurídicas FRU. Bogotá, 1987

CITAS WEB

Artículo del diario disponible en internet y consultado el 24 /01/2012 en http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/C/comision_de_abogados_analiza_justicia_penal_militar/comision_de_abogados_analizara_justicia_penal_militar.asp

Artículo del diario el espectador consultado el día 24 de enero de 2012 en <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-317553-proponen-justicia-penal-militar-sea-conducida-civiles>

Artículo revista semana de mayo de 2011 disponible en <http://www.semana.com/politica/cupula-militar-clave-para-reconocimiento-del-conflicto-armado/156487-3.aspx> consultado el 25 de Enero de 2012.

Artículo de Álvaro Valencia Tovar, Tomado de: Revista Credencial Historia, (Bogotá - Colombia). Edición 152 Agosto de 2002, disponible en Internet en <http://fwww.banrepcultural.org/book/export/html/73242> consultado el día 30 de Enero de 2012.