

JUSTICIA PENAL MILITAR

COLOMBIA

Publicación anual especializada de la Justicia Penal Militar
Ministerio de Defensa Nacional



Edición No. 10
Diciembre 2010
ISSN 1909-4906

EL FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR BENEFICIARÁ A LA FUERZA PÚBLICA Y A TODOS LOS COLOMBIANOS





Justicia Penal Militar

"Avanzar con Justicia, Autonomía e Independencia, es nuestra meta"

www.justiciamilitar.gov.co



2

Trabajamos para ser un sistema de administración de justicia autónomo, independiente, eficaz y con credibilidad, para contribuir al fortalecimiento de la legitimidad de la Fuerza Pública.



República de Colombia
Ministerio de Defensa Nacional

Libertad y Orden



Dirección General

Alex de Jesús Salgado Lozano
Director Ejecutivo Justicia Penal Militar (E)

Comité de Redacción

Capitán de Navío
Carlos Alberto Dulce Pereira
Argemiro Niño Ojeda
Nayibe López Suárez

Edición y Dirección de Arte

Lilian Polanía Orjuela
Jennyfer Molina Sánchez
Comunicaciones Justicia Penal Militar

Diseño y Diagramación

Grupo Vector
Tel: 2687685

Las opiniones expresadas en los artículos que se publican en esta edición son responsabilidad exclusiva de los autores y no constituyen compromiso de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

JUSTICIA PENAL MILITAR

Contenido

FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR BENEFICIARÁ A LA FUERZA PÚBLICA Y A TODOS LOS COLOMBIANOS

4



LA JUSTICIA PENAL MILITAR, RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES PENALES MILITARES

8



EL ESTADO DEL ARTE DEL FUERO MILITAR

10



LA PROCURADURÍA COMO ÓRGANO DE CONTROL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

22



LA EVIDENCIA FISICA Y LA CADENA DE CUSTODIA

25



CAUSAS GENERADORAS DE DECISIONES INHIBITORIAS EN CONFLICTOS DE COMPETENCIA

28



EL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

30



LA DEFENSA TÉCNICA Y EL CONTEXTO DE LA LEY 1407 DE 2010

40



LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES PENALES MILITARES EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO

48



LEY 1407 DEL 17 DE AGOSTO DE 2010 "POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO PENAL MILITAR"

52



3

FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

BENEFICIARÁ A LA FUERZA PÚBLICA
Y A TODOS LOS COLOMBIANOS

RODRIGO RIVERA SALAZAR

Ministro de Defensa Nacional



A los héroes de nuestra patria debemos darles total seguridad jurídica sobre sus derechos, que son los mismos de todos los colombianos, y sobre el marco del cumplimiento de sus deberes y responsabilidades.

Uno de los grandes retos del nuevo gobierno, de la sociedad colombiana y de nuestras Fuerzas Militares y de Policía es avanzar en el fortalecimiento de la Justicia Penal Militar.

Se trata de un tema del mayor interés para el Ministerio de Defensa, no solo por tratarse de una jurisdicción destinada a garantizar plenamente los derechos de los miembros de la Fuerza Pública y la aplicación rigurosa de justicia, sino por ser un asunto ligado estrechamente al eje de gravedad de la legitimidad de nuestras Fuerzas Militares.

La Justicia Penal Militar cumple una doble función. Por un lado, implica un fuero inviolable frente a supuestas conductas delictivas cometidas en el servicio y por el otro conlleva la existencia de un aparato con funciones judiciales capaz de interpretar la complejidad y las especificidades de las operaciones militares.

Uno y otro son fundamentales para el buen funcionamiento de la Fuerza Pública y para la cabal defensa a cargo de nuestros hombres armados legítimamente, de los valores, de la democracia y de las libertades públicas.

Del buen funcionamiento de la Justicia Penal Militar dependen no solamente tales garantías sino otros aspectos que pueden llegar a afectar la operatividad e incluso la voluntad de lucha de nuestros militares.

A los héroes de nuestra patria debemos darles total seguridad jurídica sobre sus derechos, que son los mismos de todos los colombianos, y sobre el marco del cumplimiento de sus deberes y responsabilidades.

La Justicia Penal Militar desde ese punto de vista no es un privilegio de unos pocos sino una garantía constitucional indispensable para quienes ha-

cen parte de la institución militar y también indispensable para quienes como ciudadanos, como habitantes de esta nación, somos protegidos por ellos.

De ahí que su reforma se oriente necesariamente a su fortalecimiento. Eso es, a contar con una Justicia Penal Militar eficiente, eficaz y transparente.

Eficiencia y eficacia en la administración de justicia significa un compromiso inobjetable con el propósito de alcanzar estándares de cero impunidad. Que todas las conductas delictivas que eventualmente puedan ser cometidas por parte de un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio sean rigurosamente investigadas y sancionadas.

Transparencia significa que las actuaciones de los funcionarios de la Justicia Penal Militar deben ajustarse a derecho y deben estar abiertas al escrutinio de la opinión pública, y exige que sus decisiones observen la garantía del debido proceso, que puedan ser controvertidas en las instancias procesales adecuadas y mediante los recursos establecidos en las normas jurídicas.

Transparencia es, en suma, simplemente aplicación de justicia. Quien delinque debe ser sancionado y quien es inocente debe ser así declarado.

Pero eficacia, eficiencia y transparencia no son suficientes. La Justicia Penal Militar, requiere además legitimidad, y como la mujer del César “no solamente requiere ser honesta sino parecerlo”.

La Justicia Penal Militar necesita que los ciudadanos, la opinión pública y los distintos sectores de la sociedad colombiana y de la comunidad internacional la reconozcan como una administración de justicia ejemplar.

Estamos trabajando para lograrlo. En agosto pasado, el presidente Juan Manuel Santos sancionó y ordenó la publicación de la Ley 1407 de 2010, es decir, el nuevo Código Penal Militar.

La normatividad incorpora distintos aspectos que buscan elevar la eficacia, la eficiencia y la transparencia de la Justicia Penal Militar. Este nuevo código consulta las nuevas tendencias del derecho penal y los estándares internacionales vigentes en esta materia, mantiene el fuero militar con el principio del juez natural, define claramente cuáles son los delitos relacionados con el servicio y cuáles no lo son para efectos de determinar competencias y el ámbito de aplicación del fuero militar y, lo más importante, implementa el sistema acusatorio dentro de la Justicia Penal Militar, caracterizado por los principios de economía, celeridad, inmediación, concentración, contradicción y publicidad para brindarle a la Fuerza Pública un sistema de justicia garantista, rápido, efectivo y creíble.

Se crea la Fiscalía Penal Militar, se implementa por primera vez el cuerpo técnico de investigación de la Justicia Penal Militar y se reafirma la existencia de la defensoría pública militar.

Todo eso, además, está ligado al compromiso del Presidente Santos, del Ministerio de Defensa, del Comando General de las Fuerzas Militares y de la Dirección General de la Policía Nacional con el respeto absoluto por los derechos humanos y la vigencia plena en todo el territorio nacional del Derecho Internacional Humanitario.

Las Fuerzas Militares y de Policía son las principales defensoras de los derechos de los ciudadanos, para

Tenemos que trabajar en la implementación, en la reglamentación, en la cabal aplicación del nuevo código y en todas las normas y medidas indispensables para su aplicación.

eso están constituidas. No existe un dilema entre eficacia de la Fuerza Pública y respeto a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

La eficacia de la Fuerza Pública se mide en la vigencia plena de los derechos humanos de los colombianos y del cumplimiento de las normas de Derecho Internacional Humanitario.

Los miembros de la Fuerza Pública pueden tener la seguridad de que serán estimulados por su actuación efectiva y transparente. Pero también pueden estar seguros de que quienes se aparten de la ley y de la Constitución tendrán que asumir su responsabilidad.

En resumen, tenemos que seguir trabajando en la reforma de la Justicia Penal Militar, en la implementación de estas nuevas normas para fortalecerla y para que cada vez gane mayor credibilidad y legitimidad. Para que se fortalezca con su

actuación el poder de nuestras Fuerzas Militares y de Policía que no es simplemente un poder material armado sino fundamentalmente un poder ético, moral, superior, que les ha granjeado la confianza de todos los colombianos.

Las situaciones que se presentan relacionadas con el servicio deben corresponder a la Justicia Penal Militar y la aplicación de justicia frente a las conductas desviadas de miembros de la Fuerza Pública es un requisito indispensable para darle transparencia a la Política de Seguridad y Defensa.

Tenemos que trabajar en la implementación, en la reglamentación, en la cabal aplicación del nuevo código y en todas las normas y medidas indispensables para su aplicación.

El Ministerio anunciará pronto una “hoja de ruta” para cumplir con este propósito. Quere-

mos que los más importantes juristas del país, los centros de pensamiento y estudio especializados en materia judicial, las asociaciones de militares y policías retirados, las organizaciones no gubernamentales, los defensores de derechos humanos, las universidades, incluso la comunidad internacional y en general la academia opinen sobre cómo fortalecer la Justicia Penal Militar en el marco de los principios enunciados.

Planteamos un debate abierto al país, para conseguir una Justicia Penal Militar fortalecida, transparente, eficaz, eficiente y legítima, que se constituya en elemento fundamental de la victoria que todos los colombianos estamos resueltos a conseguir frente a los enemigos de la paz de Colombia, frente a los grupos violentos y a toda forma de delincuencia que se empeña en sembrar, odio y zozobra en el territorio de la Patria.



LA JUSTICIA PENAL MILITAR, RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES PENALES MILITARES

Alex de Jesús Salgado Lozano
Director Ejecutivo Justicia Penal Militar (E)



La Justicia Penal Militar existe en gran parte de las Fuerzas Militares del mundo, incluso en las democracias más modernas y desarrolladas, y nace de la necesidad que tienen los Estados de contar con una jurisdicción especializada que evalúe las conductas de los uniformados para garantizar que estas se encuentran dentro de la legalidad y ajustadas a los códigos, reglamentos, y manuales.

Todas las fuerzas armadas y de policía, demandan una eficiente justicia penal militar, más aún, las fuerzas colombianas, que a diario enfrentan combates y realizan operaciones para estabilizar el orden público y lograr una convivencia pacífica. La aplicación de justicia militar, no solo contribuye a la efectividad operacional, sino también es definitiva para la legitimidad de la Fuerza Pública.

La vigencia de la Justicia Penal Militar radica en la experticia de los operadores judiciales para conocer de actos relacionados con el servicio y adelantar las investigaciones correspondientes con plena comprensión de la especialidad y especificidad de la actividad militar, y por otro lado,

la capacidad de los operadores para identificar aquellas conductas que rompen el nexo funcional con el servicio y escapan de su competencia, para trasladarlas a la jurisdicción correspondiente. De ahí que la garantía de preservación de la jurisdicción, depende de la apropiada aplicación del Fuero Militar, en los términos señalados en la Constitución Política, las leyes y enmarcados en la Jurisprudencia interna y externa.

La Justicia Penal Militar tiene una enorme necesidad de renovación y reforma para responder a las exigencias y retos de la Fuerza Pública Colombiana, en ello tienen un papel preponderante la actitud, pro actividad y compromiso de cada uno de sus integrantes con la capacitación y permanente actualización, pero más aún, con la ejecución de investigaciones integrales que den lugar a decisiones lejanas de dudas y que garanticen el conocimiento de la verdad, la justicia y reparación. Los jueces y fiscales militares deben ser profesionales del derecho altamente capacitados en procedimientos militares y de policía, que los diferencie de los jueces ordinarios.

Recientemente fue expedida la Ley 1407 de 2010, por la cual se implementa un nuevo Código Penal Militar, que adopta el sistema penal oral acusatorio para la Jurisdicción Castrense, así mismo, en los últimos años el Gobierno Nacional por medio del Ministerio de Defensa ha apoyado las iniciativas que proponen cambios y evolución para la Justicia Penal Militar, pero como lo he dicho, estos esfuerzos pueden resultar en vano, sino no se cuenta con funcionarios dedicados y comprometidos con la aplicación adecuada y efectiva de justicia. El principal esfuerzo y voluntad debe surgir del interior, son los integrantes de la Jurisdicción, los únicos responsables de que los soldados y policías puedan continuar con el derecho de ser investigados y juzgados en tribunales militares, o por el contrario de que la Justicia Militar pase a ser un rezago, como ha ocurrido en países de la región.

La Fuerza Pública espera, necesita y exige una Justicia Penal Militar eficaz y oportuna, acorde con los estándares internacionales de administración de justicia, con investigaciones realizadas dentro de los plazos razonables y donde las decisiones que se adopten en caso de ser controvertidas, estén motivadas en derecho y en relación con el servicio, de tal forma que no puedan ser puestas en tela de juicio.

Ser militar o policía en el contexto colombiano, es una profesión digna de admiración y respeto, tienen la loable misión de defender la soberanía e independencia de nuestro país, el orden constitucional y contribuir con la seguridad y convivencia pacífica de los ciudadanos en condiciones difíciles y en ocasiones extremas, por esto y porque es el deber, nos corresponde desempeñar una labor judicial con autonomía, respeto y profesionalismo.

EL ESTADO DEL ARTE DEL FUERO MILITAR

Capitán de Navío

CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA

Vicepresidente Tribunal Superior Militar

State of the art, muy utilizado en el inglés, aunque su origen se le atribuye a Aristóteles en su primer libro de metafísica, hace referencia al nivel más alto de desarrollo conseguido en un momento determinado sobre cualquier aparato, técnica o campo científico¹.

La expresión inglesa se puede traducir al español también como “punta” o lo más avanzado, conocimiento disponible hasta el momento, entorno a un tema determinado. Algunas propuestas conceptuales en relación con el Estado del Arte, como la realizada por la Escuela Interamericana de Bibliotecología de la Universidad de Antioquia, lo define como:

“Es una de las primeras etapas que debe desarrollarse dentro de una investigación, puesto que su elaboración, que consiste en “ir tras las huellas” del tema que se pretende investigar, permite determinar cómo ha sido tratado el tema, cómo se encuentra en el momento de realizar la propuesta de investigación y cuáles son sus tendencias”.

¹ Wikipedia, enciclopedia libres, Estado del Arte

Así, el Estado del Arte da cuenta hasta donde ha avanzado la investigación en ese campo en particular, por esa razón algunos académicos lo han diferenciado del Marco Teórico con este símil: El Marco Teórico aporta los elementos con los cuales se construye el edificio y el Estado del Arte es el edificio ya construido.

Sobre el Estado del Arte del Fuero Militar, de lo construido se trata el presente artículo, en aras de precisar cómo ha sido su desarrollo a través de la Constitución, la Ley y especialmente por los precedentes judiciales, cómo se encuentra y finalmente, cuál es su tendencia.

Teniendo en cuenta el corto espacio para el tema, debemos ser muy puntuales con el fin de cumplir nuestro propósito trazado en el título y tema precitado.

El precedente histórico da cuenta que con el artículo 170 de la Constitución Política de 1886 se consagró el Fuero Penal Militar de la siguiente forma: “De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales

militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

Fue así como con fundamento en este artículo se expidieron varios códigos y normas que incidieron en la aplicación de la justicia penal militar como fueron en su momento la Ley 84 de 1932, Ley 03 de 1945, Decreto 171 de 1952, que incorporó a la Policía Nacional a las Fuerzas Armadas, Decreto 1814 de 1953, Decreto 1426 de 1954 que estableció que la Policía Nacional estaría sometida a la Justicia Penal Militar, Decreto 2311 de 1953 que dejó sin competencia a la Corte Suprema de Justicia para el conocimiento de los recursos de casación y de revisión, creando una Corte Marcial para conocer de dichos recursos.

El Decreto 0250 de 1958 que derogó el Decreto 2215 de 1950 y que expidió el Código de Justicia Penal Militar, ampliando el ámbito de competencia de la Justicia Penal Militar, incluyendo delitos comunes bajo la tipificación militar, y en lo atinente a los miembros de la Policía Nacional con fuero legal más no Constitucional en virtud al conteni-

“De los delitos cometidos por los militares en servicio activo conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

do del texto constitucional que menciona solo los delitos cometidos por militares.

Posteriormente en el año de 1988 con fundamento en la Ley 53 de 1987 se expide el Código Penal Militar por medio del Decreto 2550, donde se adicionaron delitos como la tortura. Y se actualizó la normatividad castrense con las tendencias del derecho penal.

Con la Constitución de 1991 su artículo 221 deja incólume el artículo 170 de la Constitución de 1886 pero se incluye el fuero Constitucional para la Policía Nacional, al consagrar el término Fuerza

Pública, conformada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, fuero debidamente analizado por la Honorable Corte Constitucional en su sentencia C-444 de 1995².

A raíz de la sentencia C-141 de 1995³ relacionada con la integración de los Consejos Verbales de Guerra, se modificó el artículo 221 con el Acto legislativo No. 002 de 1995, adicionándolo en el sentido que las Cortes o Tribunales competentes para conocer de los delitos de conocimiento de la justicia militar, deben estar integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

Con fundamento en pronunciamientos de la misma Corte Constitucional y ante la necesidad de actualizar la legislación penal militar y dejarla a tono con la Constitución de 1991, se expide la Ley 522 de 1999 que atiende la evolución constitucional, legal y jurisprudencial del derecho penal militar y en particular del fuero penal militar, al establecer en sus artículos 2 y 3 que delitos son de competencia de la justicia especializada y cuáles salen de su ámbito, en estricta aplicación de las decisiones de la Corte Constitucional a los que más adelante aludiremos.

EL PRECEDENTE JUDICIAL

Se ha llegado a pensar que la Corte Constitucional ha sido la encargada y la abanderada en fijar la competencia de la Justicia Penal militar y de limitar su alcance, apreciación en parte cierta, pero precisamente, al estudiar e investigar el Estado del Arte de nuestra jurisdicción, nos encontramos que fue la Corte Suprema de Justicia como Tribunal Constitucional en su Sala de Casación Penal, la que fue señalando el derrotero del Fuero Militar con decisiones valiosísimas que hoy hacen parte de la historia, pero que constituyen en materia de



“El fuero militar es limitado, no solo en cuanto se refiere al juzgamiento por delitos sino a su extensión a particulares quienes tienen sus jueces naturales”.

precedentes un imperativo de consulta que obligó a la transformación de las leyes y normas de esta justicia especializada.

Basta entonces remontarnos a sentencias como la de fecha 24 de mayo de 1960⁴ donde con relación al artículo 170 estableció que el fuero es limitado, no sólo en cuanto se refiere al juzgamiento por delitos sino a su extensión a particulares quienes tienen su juez natural en virtud al artículo 26 de la Constitución Política, hoy artículo 29.

Posteriormente, en sentencia del 10 de julio de 1962⁵, con relación al mismo artículo 170 de la Constitución de 1886, indicó cuáles son los requisitos que deben ser tenidos en cuenta para la existencia del Fuero Penal Militar, expresando: “No basta entonces, para que sea pertinente el fuero penal militar que se trate del juzgamiento de un miembro de las Fuerzas Militares, sino que es menester que el delito o delitos de que se lesindique sean cometidos en relación con el mismo servicio”, complementando que la jurisdicción penal militar conoce de los delitos establecidos

en las leyes penales comunes cuando se sindique a militares en servicio activo o se trate de civiles que estén al servicio de las Fuerzas Armadas, solamente cuando hayan sido consumados en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, o en territorio extranjero invadido, a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas que están al servicio de las Fuerzas Armadas de la República.

La misma Corte en sentencia del 24 de agosto de 1983⁶, señaló que el fuero representa una prerrogativa excepcional, instituida por razón de la calidad funcional del procesado, sin el ánimo de crear una garantía personal, sino con el propósito de reconocer la importancia de la función, siendo una institución de carácter excepcional lo que conduce a que se interprete de manera restrictiva, de manera que sólo tiene derecho al fuero el funcionario expresamente señalado en la ley, y solo en la medida en que el hecho delictivo que se le atribuye haya sido cometido dentro de las exigencias previstas expresamente en el ordenamiento.

Remontándonos a la misma historia podemos recordar cómo a la Justicia Penal Militar, por decretos legislativos sustentados en la figura del Estado de Sitio - hoy Estado de Excepción -, se le asignó la competencia para juzgar a civiles al servicio de las Fuerzas Armadas y a los particulares por delitos como la rebelión, la sedición y el narcotráfico.

Precisamente, sobre este particular la Corte Suprema profirió dos decisiones que marcaron un hito en materia de la competencia de la justicia castrense. La primera de ellas del 5 de marzo de 1987⁷ donde la Corte en Sala Plena, al conocer de la revisión del Decreto 3671 de 1986, donde se le otorgaba competencia para el conocimiento de los delitos relacionados con el narcotráfico, dejó sin competencia a la Justicia Penal Militar para conocer de los delitos cometidos por los particulares, pues no hay texto alguno que otorgue una facultad para asignarle la competencia respecto de delitos cometidos por civiles.

Esta decisión sería complementada con la sentencia de fecha 20 de agosto de 1987⁸, donde la Corte al revisar el Decreto 1196 del 30 de junio de 1987, decide sobre la competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los delitos cometidos por personal civil al servicio de las Fuerzas Armadas, estableciendo una vez más que esta justicia especializada solo es competente para conocer los delitos cometidos por los militares y los miembros de la Policía Nacional en servicio activo y en relación con el mismo, ya fuese en normalidad o en anormalidad institucional. Esta posición es reiterada con la sentencia de fecha agosto 30 de 1994⁹, donde al tratar el tema de juzgamiento de civiles por la justicia penal militar, afirmó que el “extender la calidad de militar en

2 Sentencia C-444 de octubre 4 de 1995, MP. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
3 Sentencia C-141 de marzo 29 de 1995, MP. ANTONIO BARRERA CARBONELL

4 Sentencia Corte Suprema de Justicia, mayo 24 de 1960
5 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Julio 10 de 1962 MP. HUMBERTO BARRERA.

6 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, agosto 24 de 1983 MP. LUIS ENRIQUE ALDANA RUIZ.

7 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, N°. 20, marzo 5 de 1987, MP. JESÚS VALLEJO MEJÍA.
8 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, agosto 20 de 1987, MP. JESÚS VALLEJO MEJÍA.
9 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, agosto 30 de 1994, radicado 9138 MP. JORGE ENRIQUE VALENCIA.

servicio activo, o miembro de las Fuerzas Militares a todos los civiles vinculados al servicio de ellas, es desnaturalizar el concepto claro que del contenido de las prescripciones constitucionales sobre la materia se posee.”

En sentencia del 22 de febrero de 1989¹⁰, la misma Corte Suprema expone que cuando se efectúa una aprehensión ilícita de personas en una misión de patrullaje para luego darle muerte a una de ellas, no se puede considerar como una actividad propia del servicio o que guarde relación con el mismo, puesto que es necesario que la conducta se haya realizado como actividad propia del servicio o por razón del mismo.

Posteriormente la Corte con sentencia de agosto 12 de 1998¹¹, al conocer de un proceso por el delito de acceso carnal violento por parte de un miembro de la fuerza pública, hace alusión al término relación con el servicio dando el alcance en los siguientes términos: “Hace referencia al nexo que debe existir entre el acontecer delictivo y la actividad militar, que solo puede ser calificada como tal cuando se realiza mediante actos propios del servicio o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando”. Por esta razón, en el caso objeto de pronunciamiento si bien se encontraba en servicio activo, su conducta se aparta de las funciones relacionadas con el servicio, con el fin de ejecutar comportamientos delictivos ajenos a él, por ende no goza del fuero militar, porque “la simple oportunidad surgida del servicio no es lo que determina la competencia, e incluso carece de importancia cuando no hay relación entre el delito y el servicio.”

Todos estos insumos constituyeron el soporte para la Corte Constitucional a partir del año 1991



“En los precisos términos de la Constitución Política, la jurisdicción penal militar conoce de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, siempre que ellos tengan relación con el servicio”.

creándose un tribunal especializado que vela por la guarda e integridad de la Carta Política. Y es a partir de este momento también histórico donde se define el Estado del Arte del Fuero Militar, precisamente desde 1997¹² con la sentencia que fijó la carta de navegación para la jurisdicción penal militar. Recordemos que el pronunciamiento de la Corte obedeció a la demanda de inconstitucionalidad de las penas que establecía el Código Penal Militar, Decreto 100 de 1980 al considerar el actor que existía una desigualdad entre las penas para los miembros de la Fuerza Pública y las penas para los particulares en el caso del delito de homicidio que se consagraba en su artículo 259 y que además describía el tipo penal “El que con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo...”. Precisamente sobre estos términos que se venían incluyendo en los códigos anteriores, se pronuncia la Corte en la aludida decisión indicando que “En los precisos términos de la Constitución Política, la jurisdicción penal militar conoce de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, siempre que ellos tengan relación con el servi-

cio”, agregando que la Constitución se ha ocupado de trazar las coordenadas básicas de la justicia penal militar, por ello el cometido específico del Código Penal Militar será el de especificar, por vía general, los comportamientos que dentro de dicho marco quedan sometidos a la justicia penal militar, por consiguiente el legislador no puede construir los tipos penales militares, modificar los tipos penales ordinarios o incorporarlos en el Código Penal Militar, sin tomar en consideración lo que genuinamente tiene relación con el servicio. Y es precisamente en esta providencia donde edifica los elementos que soportan el fuero militar y que se equilibran mutuamente: uno de carácter personal- miembro de la fuerza pública en servicio activo- y, otro, de índole funcional-relación del delito con un acto del servicio.

Estas premisas se complementan en la misma sentencia cuando aclara que la jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural, por ende debe ser interpretado su ámbito de manera restrictiva, de allí que un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignado por la

Constitución, la Ley y los reglamentos a la Fuerza Pública, estableciendo las siguientes precisiones:

1. Para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, donde 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.
2. El vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético o abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.
3. Si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales y utiliza entonces la investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria.
4. 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. Fue precisamente esta decisión la que condujo a la redacción de los artículos 2 y 3 de la ley 522 de 1999 en lo que tiene que ver con los delitos que son de su competencia y cuáles no, como son el genocidio, la desaparición forzada y la tortura.
5. La relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Esto significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer a favor de la jurisdicción ordinaria, en

¹⁰ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, febrero 22 de 1989 MP. GUILLERMO DUQUE RUIZ.

¹¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, agosto 12 de 1998, radicado 11907, MP. RICARDO CALVETE RANGEL.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-358, agosto 5 de 1997, Expediente D-1445, MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción. Sobre este aspecto es importante precisar que la Corte Constitucional aclaró que no puede tratarse de cualquier duda sino aquella que sea razonable, debidamente fundada o calificada y que emerja de forma racional y manifiesta y no la mínima simple e irrelevante que pueda conllevar en la pérdida de eficacia de la institución jurídica del fuero penal militar y en consecuencia el derecho que asiste a los miembros de la fuerza pública en servicio activo de ser juzgado por Tribunales castrenses en los términos del artículo 221 Superior¹³.

Como consecuencia de estas consideraciones, la Corte declara la inconstitucionalidad de las expresiones “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo”, al considerar que en todas estas expresiones el legislador extendió el ámbito de competencia de la justicia castrense más allá de lo constitucionalmente admisible, cuando el entendido es que la justicia penal militar se aplica a los delitos cometidos en relación con el servicio.

Precisamente sobre este particular el referente obligado es la sentencia 878 de 2000¹⁴, donde la alta Corte declaró la exequibilidad del artículo 195 del Código Penal Militar que a su tenor establece:

Art. 195 CPM. Delitos Comunes. Cuando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el 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.

Esta disposición tuvo precisamente su origen en la sentencia C-358 de 1997 donde se declaró

Quando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el 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.

inexequible el aparte del artículo 259 del Código Penal Militar vigente para el momento-Decreto 100 de 1980-, bajo el entendido que los delitos de homicidio cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el servicio, serán juzgados por la justicia penal militar siguiendo los preceptos del artículo correspondiente del Código Penal Ordinario, así como también lo hizo con el punible del Peculado bajo los mismos términos, estudiando la punibilidad que establecía el Código Penal militar frente al Ordinario.

El argumento para esta decisión lo realizó bajo el entendido de que la Jurisdicción Penal Militar solo tendrá competencia para conocer de los delitos que pueda llegar a cometer un miembro de la Fuerza Pública, cuando estos delitos comunes tengan relación directa con el marco de las actividades asignadas a la Fuerza Pública por la Constitución. Si la mencionada relación no existe, la competencia para conocer de un delito de esta naturaleza, será privativamente de la Jurisdicción Ordinaria.

En lo que corresponde a la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 522 de 1999 expuso la Corte que dicha norma es exequible bajo los supuestos que son delitos relacionados con el servicio, aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo derivados directamen-

te de la función constitucional que le es propia y bajo ese carácter restrictivo-señala la Corte se debe mantener la especialidad de la jurisdicción, siempre y cuando estos delitos se originen del ejercicio de la función militar y policial que la Constitución le ha asignado.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el artículo 3 del mismo Código, manifiesta que si bien el legislador en su facultad de configuración, creyó conveniente sólo hacer expresa mención de los delitos de tortura, genocidio y la desaparición forzada, como conductas que en nada se relacionan con el servicio, es claro que éstas no son las únicas que han debido quedar excluidas expresamente del conocimiento de la justicia castrense, dado que existen otra serie de comportamientos-señala la Corte- que en los términos de la doctrina de la Corporación son abiertamente contrarias a la función constitucional de la fuerza pública.

La otra decisión trascendente para determinar el Estado del Arte en la materia, es la reciente C-533 de 2008¹⁵ donde precisamente se pronuncia la Corte Constitucional sobre el artículo 3 del proyecto de ley por el cual se modifica el Código Penal Militar, hoy Ley 1407 del 17 de agosto de 2010. Al conocer precisamente esa Corporación de las objeciones a dicho artículo, decidió en ese proveído que en la sentencia C-878 de 2000 se precisó que el artículo 3 de la Ley 522 de 1999 sólo puede ser considerado exequible en cuanto se agregue a su texto que además de los delitos expresamente mencionados por el legislador, quedan excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que por su sola comisión rompan el nexo funcional con el servicio.

LA JUSTICIA PENAL MILITAR FRENTE A LA COMISIÓN Y LA CORTE IDH

Este tema del Fuero Penal Militar ha sido objeto de pronunciamientos tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como de la misma Corte Interamericana bajo el entendido que la Jurisdicción Penal Militar sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar y que el fuero militar no puede ser siquiera considerado como un verdadero sistema judicial¹⁶.



Se infiere razonablemente de sus decisiones, observaciones y conclusiones que la justicia penal militar en Colombia se limitaría a conocer única y exclusivamente de los delitos de función. Fue precisamente sobre este tema y sobre la aplicación de la Justicia Penal Militar en Colombia que se asistió recientemente al 140° periodo ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se convocó al Estado colombiano a la audiencia “Aplicación de la jurisdic-

¹³ Sentencia T-1001 de 2001, MP. RODRIGO ESCOBAR GIL

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-878, 12 de julio del 2000, Expediente D-2766, MP. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-533, 28 de mayo de 2008, Expediente O.P. 100, MP. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ.

¹⁶ Corte IDH, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, Sentencia del 5 de julio de 2004, páginas 165 y 167. Caso Las Palmeras Vs. Colombia, Sentencias del 6 de diciembre de 2001, parágrafo 51 y 52. -CIDH. Informe 43/08, caso 12.009, LEYDI DAYAN SANCHEZ, Colombia 23 de julio de 2008.

ción militar en caso de violaciones de derechos humanos” donde los peticionarios cuestionaron en la audiencia el texto del artículo 171 de la Ley 1407 de 2010, --195 de la Ley 522 de 1999 - Delitos Comunes que remiten a la legislación penal ordinaria, así como también el por qué la Justicia Penal Militar sigue conociendo de la comisión de los delitos comunes y de violaciones a los derechos humanos. Dentro de los temas que se consideró oportuno tratar en la intervención del Vicepresidente del Tribunal Superior Militar para actuar en ese escenario internacional, con la salvedad que esta exposición fue única y exclusivamente académica e ilustrativa para aclarar en la audiencia que los precedentes judiciales de las altas cortes y en particular de la Corte Constitucional, quienes han fijado y determinado el alcance de nuestra jurisdicción y que en últimas condujeron a expedir por parte del legislador los recientes códigos penales militares, en acatamiento estricto de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional¹⁷.

Fueron precisamente las sentencias que se han venido comentando, los fundamentos y argumentos presentados ante la Comisión Interamericana, aclarando que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 195 de la Ley 522 de 1999 y se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 2 y 3 de la misma codificación y que esa misma Corporación, en sus sentencias C-358 de 1997, C-878 de 2000 y C-533 de 2008 ha determinado qué delitos son de competencia de la justicia penal militar y cuál es delimitación del fuero penal militar.

De igual manera, se aclaró que la Corte ha precisado el término de grave violación a los Derechos Humanos - sentencia SU-1184 del 2001¹⁸-, fijando que no basta en consecuencia una simple relación temporal o espacial entre el delito cometido y la función desarrollada, como en aquellos casos en



que con ocasión o a causa del servicio se desvía en forma esencial la actividad inicialmente legítima para realizar conductas punibles que desborda la misión constitucional asignada. Así, un miembro de la fuerza pública debe realizar actos para proteger aquellos bienes constitucionales que han sido puestos el peligro, pero puede ocurrir que en su despliegue se genere un error en la intensidad de su actuar que imprima un desbordamiento de la función pública. Por ejemplo, cuando al capturar a una persona (fin legítimo) aplica una fuerza innecesaria que le ocasiona daño a su integridad personal (exceso cuantitativo). Por el contrario, señala la Corte, el exceso cualitativo consiste, ya no a un exceso en la intensidad de la actuación, sino a una desviación y desbordamiento del acto. Ej. Después del allanamiento, el servidor público abusa sexualmente de una mujer que se encontraba en el lugar. En este caso no se trata de un exceso cuantitativo, porque en vez de un error en la intensidad del actuar, lo que se presenta es la creación de una nueva relación de riesgo “exceso cuantitativo”, completamente ajena al acto del servicio programado.

Como corolario de lo anterior, la Corte concluye que hay cientos comportamientos que siempre

son ajenos al servicio, como aquellas violaciones graves a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, porque en ellas no puede afirmarse que la Fuerza Pública está realizando un fin constitucionalmente legítimo.

De esta forma y dentro de este contexto de violación a los Derechos Humanos o graves violaciones a los mismos, la misma Corte Constitucional en su sentencia C-533 de 2008 precisó:

“Que la Justicia Penal Militar nunca puede juzgar los delitos de tortura, genocidio, y desaparición forzada, ni ningún otro de Lesa Humanidad o que signifique atentado contra el Derecho Internacional Humanitario, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”.

Para concluir, no puede considerarse que todo comportamiento delictivo conlleva violación de Derechos Humanos de primera, segunda y tercera generación o que sea este el presupuesto para afirmar que el comportamiento a analizar escape de la órbita de conocimiento de la Justicia Penal Militar, pues generalizar el concepto haría nugatorio el ámbito de aplicación del Fuero de rango constitucional, dispuesto en el art. 221, con lo que se quiere significar que lo que escapa del conocimiento de la Jurisdicción Penal Militar, son las graves violaciones de Derechos Humanos.

Corolario de lo anterior podemos afirmar que el Estado del Arte lo encontramos en las conclusiones que hace la Corte Constitucional en la sentencia C-533 de 2008¹⁹ y que se resume de la siguiente manera:

La justicia penal militar nunca puede juzgar los delitos de tortura, genocidio y desaparición for-

La Justicia Penal Militar nunca puede juzgar los delitos de tortura, genocidio, y desaparición forzada, ni ningún otro de Lesa Humanidad o que signifique atentado contra el Derecho Internacional Humanitario.

zada, ni ninguno otro de lesa humanidad, o que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

El fuero militar cubre única y exclusivamente los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, es decir, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les han asignado.

La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial, o aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que el juzgamiento de tal conducta corresponda a la justicia penal militar, pues tal conducta debe tener relación directa con la función militar o policial que la Constitución, la ley o el reglamento les ha asignado.

El objetivo del derecho penal militar es excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos,

¹⁷ Ley 522 de 1999, Código Penal Militar y Ley 1704, 17 de agosto de 2010.

¹⁸ Sentencia Corte Constitucional SU.1184 noviembre 13 de 2001, MP. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-533, 28 de mayo de 2008, Expediente O.P. 100, MP. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ.

que son repudiables y sancionables a la luz de la Constitución y la ley, pues en un Estado de Derecho no es tolerable el uso de medios ilegítimos para la consecución de sus fines.

En virtud de su potestad de configuración, el legislador puede crear tipos penales militares, o modificar o incorporar los tipos penales ordinarios siempre y cuando tome en cuenta elementos estructurales que genuinamente tengan relación directa con los actos propios de servicio militar y policial, es decir, puede adaptarlos al contexto de la función militar o policiva.

La justicia penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general, y por ello su ámbito de acción debe ser interpretado de manera restrictiva.

El Código Penal Militar puede tipificar conductas cuando considere conveniente extender su aplicación en todo momento, lugar y circunstancia, cuando son cometidas en escenarios diferentes al desarrollo de conflicto armado, siempre y cuando les incorpore elementos propios del servicio militar o policial, y éstas podrán ser juzgadas por la justicia penal militar única y exclusivamente si se demuestra el nexo directo y original con la misión propia del servicio militar o policial, pues de no ser así, les serían imputables a quienes las cometen, los delitos tipificados en la ley penal común que les sean aplicables y serán investigadas y juzgadas por la justicia penal ordinaria.

De lo anterior se deduce, que el ordenamiento jurídico colombiano es claro en que cualquier conducta que pueda llegar a constituir un delito de lesa humanidad, infracciones o graves violaciones al DIH, es extraña al servicio militar o policial por lo tanto su investigación corresponde a la Justicia Ordinaria.

Por su parte el tribunal Superior Militar como segunda instancia de la Justicia Castrense, ha veni-

El Código Penal Militar puede tipificar conductas cuando considere conveniente extender su aplicación en todo momento, lugar y circunstancia, cuando son cometidas en escenarios diferentes al desarrollo de conflicto armado, siempre y cuando les incorpore elementos propios del servicio militar o policial.

do dando cumplimiento estricto de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia del alcance del fuero penal militar, entendiéndolo no como un privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza, sino como un derecho establecido en la Constitución Política dentro de su ámbito restrictivo de aplicación.

Consciente de su responsabilidad de administrar justicia, esta Corporación ha venido fijando una línea jurisprudencial y doctrinal en materias del alcance del fuero penal militar, publicando la revista judicial que compila las decisiones más importantes que sirvan de herramienta jurídica a los funcionarios de la primera instancia en temas puntuales y que fueron desarrollados en las sentencias C-358 de 1997 que declaró inexecutable la expresión “con ocasión del servicio o por causa de este o de funciones inherentes a su cargo o de sus deberes oficiales” y C-878/00, limitando la jurisdicción a los delitos cometidos en relación



con el servicio, excluyendo del ámbito penal castrense las conductas que por su gravedad constituyan delitos de lesa humanidad, contra el DIH y aquellas que por su condición rompan el nexo con el servicio.

En este sentido existe un amplio volumen de decisiones con los criterios jurídicos mencionados. Un ejemplo de esta obligatoriedad está plasmado en una de las decisiones publicadas en la Revista Judicial del Tribunal Superior Militar en su edición N°. 120

Por último, ante la Comisión Interamericana se explicaron claramente los siguientes temas que tiene que ver con el Estado del Arte de la Justicia Penal Militar, así:

20 Rad. 140077, del 10 de marzo de 2008, MP. TC. JACKELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión y Rad. 154833, del 29 de agosto de 2008, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión.

El ordenamiento jurídico colombiano desde la Constitución Política reconoce que la Justicia Penal Militar administra justicia (art. 116, CP).

El sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha acogido los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en la materia.

La Justicia Penal Militar en Colombia es un sistema de administración de justicia independiente, autónomo e imparcial, que se rige por los principios y normas que establece la Constitución y la ley para quienes la administran.

La Corte Constitucional en Sentencia C-361 de 2001 resaltó del legislativo la separación del Juez Penal Militar del mando.

Desde el año 2000 se han implementado una serie de reformas en la Justicia Penal Militar tendientes a hacerla cada vez más garantista, dentro del respeto al debido proceso, independiente y autónoma.

Si bien hoy tenemos una normatividad acorde con lo establecido en la Constitución Nacional, su implementación normativa y la capacitación continúa de todos los funcionarios, constituye el derrotero para seguir cumpliendo con las obligaciones internacionales en materia del respeto y protección de los Derechos Humanos. En ese empeño se encuentra el Estado Colombiano a través de todas sus instituciones y ramas del poder público.

Esta realidad histórica y el momento actual del instituto del Fuero Penal Militar, el cual debe mantenerse bajo la égida de la Constitución y el desarrollo del precedente judicial de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del mismo Consejo Superior de la Judicatura, dentro de un contexto mundial donde la tendencia es el conocimiento exclusivo de los delitos de función.

LA PROCURADURÍA

COMO ÓRGANO DE CONTROL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

SONIA PATRICIA SIERRA ROMÁN
Procuradora Delegada
para el Ministerio Público en Asuntos Penales



“Nuestra tarea ha sido y seguirá siendo: intervenir en los procesos en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y las garantías fundamentales”.

La nueva normatividad deroga la ley 522 de 1999, que seguirá vigente en cuanto a los procesos que se hallen en curso, sin perjuicio de la aplicación del principio de favorabilidad. Se pretende, además de la modernización de la institución judicial bajo las pautas propias del sistema penal acusatorio, lograr una eficaz, pronta y cumplida administración de justicia de cara a los delitos cobijados por el fuero militar, ampliamente decantado, así como la importancia que se le otorga a la figura de la víctima, la especial protección de los derechos humanos y la integración del bloque de constitucionalidad, en especial, la aplicación de normas nacionales e internacionales que garantizan la transparencia en los procesos y el férreo respeto a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Es evidente que existe un vacío en cuanto hace a la vigencia e implementación de la ley 1407 de 2010, de conformidad con lo consignado en el artículo

628¹, que aunque no será objeto de pronunciamiento del presente artículo resulta de vital importancia llamar a todos los operadores de justicia penal militar para que de manera académica se dirija lo que a futuro podría entrañar serias lides jurídicas.

En cuanto al Ministerio Público como órgano de control, debe decirse que tal y como ocurrió con el paso de la ley 600 de 2000 a la ley 906 de 2004 (justicia ordinaria), en la ley 1407 de 2010, se deja de ser un **sujeto procesal**² para convertirnos en un

1 LEY 1407 DE 2010. ARTÍCULO 628. DEROGATORIA Y VIGENCIA. La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen. PARÁGRAFO. El artículo 625 de la presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación.

2 LEY 522 DE 1999. ARTÍCULO 290. FUNCIONES ESPECIALES DEL MINISTERIO PÚBLICO. [Ley derogada por la Ley 1407 de 2010] Corresponde al agente del ministerio público en la organización de la justicia penal militar como sujeto procesal, sin perjuicio de las demás que le correspondan en el ejercicio de la función de control, las siguientes

interviniente³. Aún así habrá de resaltarse que el Ministerio Público ejerce sus funciones en el proceso penal bajo lineamientos constitucionales, los que están dados por el artículo 118⁴, por el párrafo del artículo 250⁵ y por el artículo 277 de nuestra

atribuciones:

3 LEY 1407 DE 2010. ARTÍCULO 271. EL MINISTERIO PÚBLICO. El Ministerio Público podrá intervenir en el proceso penal cuando sea necesario, en [defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, El Procurador General de la Nación directamente o a través de sus delegados, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes en el proceso penal o del Gobierno Nacional, podrá constituir agencias especiales. PARÁGRAFO. Para el cumplimiento de la función, los fiscales y los jueces enterarán oportunamente, por el medio más expedito, al Ministerio Público de las diligencias y actuaciones de su competencia.

4 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

5 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTÍCULO 250. <Artículo modificado por el

Carta Política, destacando que nuestra tarea ha sido y seguirá siendo: intervenir en los procesos en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y las garantías fundamentales.

En cuanto hace a las funciones propiamente dichas, estas se encuentran establecidas en los dos ordenamientos: Artículo 290 de la ley 522⁶ de 1999

artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: > (...) PARÁGRAFO. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

6 LEY 522 DE 1999. ARTÍCULO 290. FUNCIONES ESPECIALES DEL MINISTERIO PÚBLICO. <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia> Corresponde al agente del ministerio público en la organización de la justicia penal militar como sujeto procesal, sin perjuicio de las demás que le correspondan en el ejercicio de la función de control, las siguientes atribuciones:

1. Garantizar que en todas las actuaciones se respeten los derechos humanos y el cumplimiento de las garantías del debido proceso.
2. Velar porque en los casos de desistimiento, los sujetos procesales actúen libremente.
3. Solicitar la cesación de procedimiento cuando considere que se reúnan los presupuestos necesarios para adoptar esta decisión.



y artículo 271 de la ley 1407 de 2010⁷, de las cuales hay que destacar nuestra función constitucional como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, también, como representante de la sociedad, que se verán reflejadas al interior del proceso penal a través de solicitudes, peticiones de prueba, interrogatorios, haciendo uso adecuado de los recursos y todo lo que conlleve la representación de los intereses de la sociedad.

Se ha decantado a través de nuestra experiencia con la Ley 906 de 2005 y así será con la Ley 1407 de 2010,

4. Intervenir en todos los juzgamientos que se realicen en el proceso Penal Militar, para solicitar la absolución o la condena de los procesados, según sea el caso.
 5. Vigilar el cumplimiento de las diversas obligaciones y condiciones impuestas por los jueces en los casos de otorgamiento de beneficios, excarcelaciones, subrogados, cauciones, presentaciones y demás compromisos.
 6. Controlar que se cumpla en todo momento con el principio general según el cual debe existir separación entre jurisdicción y comando para los jueces.
 7. Velar por la debida garantía, a las víctimas, de su derecho de real acceso a la justicia.
 8. Solicitar la práctica de pruebas o aportarlas cuando sean pertinentes o conducentes.
- Las funciones previstas en los numerales 3o., 4o., y 8o. de este artículo sólo procederán cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales

- 7 LEY 1407 DE 2010. ARTÍCULO 272. FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO. Son funciones del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento:
1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales:
 - a) Ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la Policía Judicial que puedan afectar garantías fundamentales;
 - b) Participar en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía Penal Militar y los jueces que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental;
 - c) Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia;
 - d) Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con la Carta Política y la ley;
 - e) Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa;
 - f) Participar cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en este Código;
 - g) Controlar que se cumpla en todo momento con el principio general según el cual debe existir separación entre jurisdicción y mando para los jueces, fiscales, abogados defensores y Policía Judicial.
 2. Como representante de la sociedad:
 - a) Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la cesación de procedimiento;
 - b) Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan;
 - c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado;
 - d) Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados;
 - e) Denunciar los fraudes y colusiones procesales.

que la naturaleza de la intervención del Ministerio Público además de ser un órgano de control, en el ámbito de su competencia, podría intervenir como Policía Judicial, así como representar intereses colectivos, siempre con criterios de neutralidad y complementariedad, en tanto no se tiene una intervención obligatoria sino facultativa, en especial cuando estén en peligro el orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales.

Nuestro valor agregado como órgano de control, radica precisamente en controlar la intervención de los demás y con ella aportar a la legalidad de las decisiones de conformidad con lo que obre dentro del proceso y que se halla debatido públicamente.

A través de estos años de implementación del nuevo sistema penal acusatorio, el Ministerio Público puede aportar a la Justicia Penal Militar su experiencia, toda vez que se ha estado al frente del mismo. Conocemos cuál es nuestro rol frente a la labor del fiscal, al trabajo de la defensa, al derecho de las víctimas, así como frente a las actuaciones del juez. Roles que incluso quedaron plenamente establecidos por cuenta de la Corte Constitucional en la sentencia C -396 de 2007.

En bien de la justicia, del proceso y de todos quienes en el intervienen, para el Ministerio Público lo que interesa es la búsqueda de la verdad real, que no se nos limita por la teoría del caso de las partes, por los temas tratados por las partes en los interrogatorios y contrainterrogatorios del testigo sino de los hechos planteados en la acusación y en lo afirmado por los testigos. Nuestro único límite son los hechos probados en la audiencia del juicio oral, que finalmente nos podría conllevar a presentar o pretender un fallo diferente a lo solicitado por una de las partes e incluso por ninguna de ellas.

Celebramos la modernización de la justicia penal militar y seguiremos, como hasta ahora, luchando por el cometido de la verdad y la justicia en pro de nuestra patria, de nuestra sociedad y por el bien común.

LA EVIDENCIA FÍSICA Y

LA CADENA DE CUSTODIA

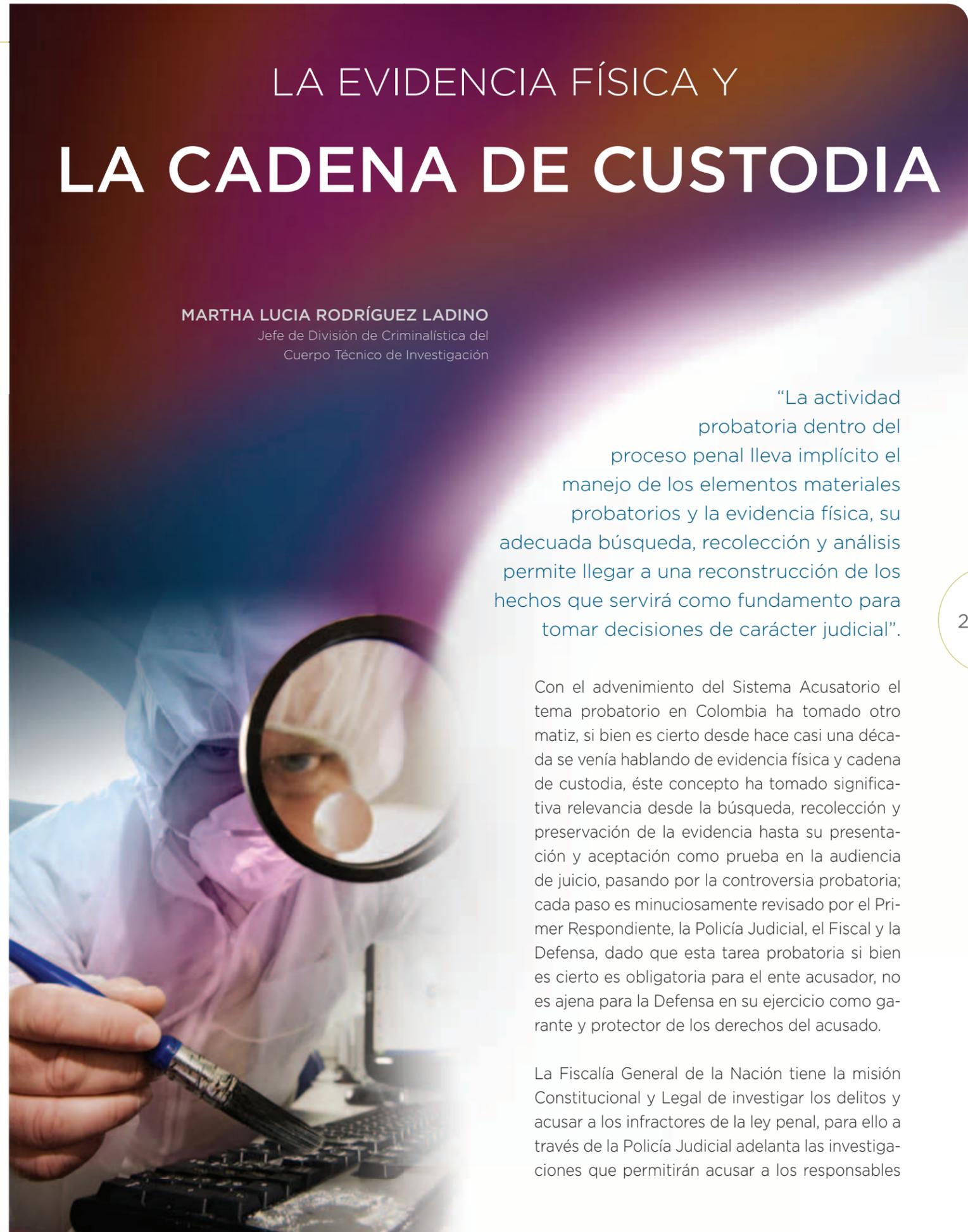
MARTHA LUCIA RODRÍGUEZ LADINO

Jefe de División de Criminalística del
Cuerpo Técnico de Investigación

“La actividad probatoria dentro del proceso penal lleva implícito el manejo de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, su adecuada búsqueda, recolección y análisis permite llegar a una reconstrucción de los hechos que servirá como fundamento para tomar decisiones de carácter judicial”.

Con el advenimiento del Sistema Acusatorio el tema probatorio en Colombia ha tomado otro matiz, si bien es cierto desde hace casi una década se venía hablando de evidencia física y cadena de custodia, éste concepto ha tomado significativa relevancia desde la búsqueda, recolección y preservación de la evidencia hasta su presentación y aceptación como prueba en la audiencia de juicio, pasando por la controversia probatoria; cada paso es minuciosamente revisado por el Primer Respondiente, la Policía Judicial, el Fiscal y la Defensa, dado que esta tarea probatoria si bien es cierto es obligatoria para el ente acusador, no es ajena para la Defensa en su ejercicio como garante y protector de los derechos del acusado.

La Fiscalía General de la Nación tiene la misión Constitucional y Legal de investigar los delitos y acusar a los infractores de la ley penal, para ello a través de la Policía Judicial adelanta las investigaciones que permitirán acusar a los responsables





de las infracciones legales. La investigación se da a través de una minuciosa búsqueda de la verdad que se materializa en el hallazgo de las evidencias físicas, o como han sido denominadas por la ley 906 “Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física”; la búsqueda de estos elementos se traduce en un procedimiento que se ha estandarizado a través de los manuales, protocolos, procedimientos y guías, que busca garantizar su autenticidad.

La autenticidad de la evidencia física se garantiza preservando su originalidad, una forma eficaz de lograrlo es a través de la cadena de custodia, que es el proceso y deber de cuidado en el que cada uno de los intervinientes se preocupa por mantener el valor probatorio que puede tener cada elemento.

El Código de Procedimiento Penal no ha hecho distinción entre los términos “Elemento Material Probatorio” y “Evidencia Física”, resultando iguales desde el punto de vista jurídico, así dicha norma legal hace alusión a objetos, huellas o rastros de origen físico, químico, biológico o electrónico perceptible a través de los sentidos, que permiten llegar a la certeza sobre la verdad de una conducta que se presume punible, o de sus partícipes o de la responsabilidad de cada uno de ellos en la realización de la misma.

La Evidencia Física, término con el que se resumen los anteriores conceptos, tiene gran vocación probatoria y es la que permite demostrar que se cometió un delito, establecer los elementos claves del mismo, aportar pistas al investigador que lo lleven al sospechoso, es un eslabón en la cadena de evidencia circunstancial, permite corroborar otra evidencia o desmentir las declaraciones de testigos y sospechosos, establecer asociaciones o vínculos, además es el elemento decisivo al momento de determinar la culpabilidad o inocencia del procesado.

Ya se ha dicho que el crimen perfecto no existe, siempre habrá presencia de evidencias, la ausencia de ellas es evidencia de un evento en el cual se

trató de borrarlas, ocultarlas o cambiarlas, pero de esto también quedará evidencia; así, la ausencia de evidencia, no es evidencia de ausencia.

Tradicionalmente se concebían como evidencias las encontradas en la escena y los lugares relacionados; actualmente el lugar de los hechos ha cambiado, es frecuente encontrar que las escenas son virtuales como en el caso de los delitos informáticos y otros relacionados, el concepto de escena se ha ampliado. El de evidencia física también, han aparecido nuevos conceptos y se habla de evidencia traza, evidencia comportamental, evidencia informática, todo ello para referirse a elementos que suministran información dentro de una investigación.

No basta con demostrar que se cometió un delito, que hay una víctima y un autor, es necesario demostrar que existen relaciones entre los tres, para ello la evidencia física permite relacionar personas entre sí, personas con lugares, personas con cosas, cosas con cosas, objetos con lugares, hechos con tiempos, entre otros.

La evidencia física tiene el potencial de no equivocarse, de no confundirse, de no mentir, es lo que es y lo que el análisis de ella permite presentar, es objetiva, características que son resbaladizas al



buscarlas en los testigos. “La evidencia física es verídica. La evidencia física no se equivoca, no puede cometer perjurio y tampoco puede estar totalmente ausente. Solamente en su interpretación puede existir error. Solo la inhabilidad humana de encontrarla, estudiarla y entenderla puede disminuir su valor.” Paul Kirk, 1953, Investigación del Crimen.

El manejo de la evidencia física tiene como objetivo la reconstrucción de los hechos, ésta parte del procesamiento del lugar donde ocurrió y sitios relacionados. Una investigación exitosa se evidencia cuando logra hacer una reconstrucción acertada de los hechos, de manera tal, que lo dicho por el equipo investigador quede demostrado sin lugar a duda alguna.

La reconstrucción de los hechos se hace a partir de testimonios y de evidencia física, sin embargo, cuando se hace a partir de evidencia física genera mayor credibilidad en los jueces, por tratarse de elementos tangibles que pueden ser analizados de forma técnica y científica.

La Evidencia física deberá ser manejada de tal manera que pueda ser presentada en audiencia de juicio e incorporada como prueba. Las pruebas tienen por objetivo llevar conocimiento al juez sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del acusado como autor o partícipe.

Las pruebas deben cumplir ciertos requisitos para su admisión; uno de ellos es la autenticidad como ya se mencionó, ésta se puede demostrar a través de la cadena de custodia, que es un proceso ininterrumpido y documentado que garantiza y permite demostrar la autenticidad de los Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física desde su recolección hasta su disposición final.

Son responsables de la cadena de custodia todos los servidores públicos que entren en contacto con las evidencias físicas y los particulares que por su trabajo o por el cumplimiento de las funciones de

su cargo entren en contacto con las mismas. El éxito o fracaso de una investigación está íntimamente ligado a la acción que emprenda la primera autoridad conocedora del hecho, es decir el Primer Respondiente, de quien se podrá decir si inició o no correctamente la cadena de custodia o si protegió debida o indebidamente el lugar de los hechos. Si se hizo de manera acertada se podrá decir que los elementos materiales probatorios y evidencia física también han sido correctamente custodiados.

“La evidencia física no se equivoca, no puede cometer perjurio y tampoco puede estar totalmente ausente. Solamente en su interpretación puede existir error”.

El propósito de la cadena de custodia es demostrar la autenticidad, es decir que el elemento es el mismo que estaba en el lugar de los hechos, o de su recolección, que no fue destruido, suplantado, alterado o deteriorado, que fue localizado, fijado, recogido, embalado técnicamente y sometido a las reglas de cadena de custodia.

En el juicio el Fiscal tiene que establecer ciertas verdades frente a los elementos que pretende hacer valer como pruebas en la audiencia, como por ejemplo que fueron recolectados legalmente, y que son auténticos. El Fiscal establece la autenticidad de las evidencias a través del testimonio del investigador o perito en la audiencia de juicio. El resultado exitoso de esta labor llevará al juez a la convicción de la ocurrencia de los hechos y de la responsabilidad del acusado, esto se obtendrá si se realiza un trabajo investigativo, técnico científico y sobretodo un trabajo en equipo que incluya el Primer Respondiente, la Policía Judicial con sus Investigadores, Técnicos y Peritos, el Fiscal y demás intervinientes. Sin embargo, como se dijo al comienzo, en aras de la igualdad de las partes, la Defensa podrá hacer lo propio para desvirtuar los argumentos de la Fiscalía y obtener sus propósitos.

VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA PROGRAMA PRESIDENCIAL
DE DDHH Y DIH DE LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

CAUSAS GENERADORAS DE DECISIONES INHIBITORIAS EN EL CIERRE DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA

HUGO RIVERO RAMOS

Asesor Programa Lucha Contra la Impunidad



“Ciertas causas generadoras de decisiones inhibitorias en sede del órgano de cierre tratándose de conflictos de competencias entre las Jurisdicciones Penal Ordinaria y Penal Militar”.

Con el propósito de brindar herramientas que orienten a los operadores de las jurisdicciones ordinaria y militar, y a título complementario de los esfuerzos interinstitucionales y académicos plasmados en el “Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, con énfasis en el homicidio en persona protegida”¹ y “Apuntes sobre la línea jurisprudencial de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en punto a la solución de los conflictos de competencias entre las jurisdicciones ordinaria y militar en casos de violaciones a

los DDHH e infracciones al DIH, en aplicación de lo preceptuado por la ley 906 de 2004.”², se presentan a renglón seguido algunas de las coyunturas que con mayor frecuencia culminan con una decisión inhibitoria.

Una revisión a las decisiones proferidas recientemente, años 2009 y 2010, por la Sala Disciplinaria del Honorable Consejo Superior de la Judicatura, de manera puntual, los pronunciamientos que dicen relación con los conflictos de competencia, en aplicación de lo dispuesto por la ley 906, for-

gados con ocasión del examen de presuntos homicidios en los cuales reclaman la competencia o la objetan las jurisdicciones ordinaria y militar, muestra que un gran número de decisiones inhibitorias devienen como consecuencia de causas tipo.

La nutrida jurisprudencia de la Sala Disciplinaria, en los términos del artículo 230 de la Constitución Política, posibilita llamar la atención del operador con el objeto de que en su gestión haga un uso adecuado de la figura del conflicto de competencias entre jurisdicciones y de contera contribuya a una debida administración de justicia.

Un estudio de los numerosos pronunciamientos permite resaltar ciertas causas o requisitos legales faltantes que impiden una decisión de plano. Ellos son:

1. El fiscal del caso propone el conflicto ante el juez penal municipal con funciones de control de garantías y este lo remite a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sin que exista pronunciamiento sobre el particular por parte de la jurisdicción penal militar³.
2. El fiscal del caso, quien bajo ley 906 adolece de falta de facultades para asumir o rehusar la competencia entre jurisdicciones, propone conflicto y lo remite directamente, para obtener un pronunciamiento, a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.⁴
3. El juez de instrucción penal militar que lleva el caso, sin estar legalmente facultado para ello,

propone o provoca el conflicto de competencias entre jurisdicciones.⁵

4. En la jurisdicción ordinaria, el juez de conocimiento envía a su superior jerárquico la solicitud elevada por la defensa sobre la existencia de un conflicto de competencias entre jurisdicciones y este, sin escuchar a la jurisdicción penal militar, remite las diligencias a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.⁶
5. El juez penal municipal con funciones de control de garantías, al considerar que no es el competente para dirimir el conflicto entre jurisdicciones propuesto por la jurisdicción ordinaria, remite directamente las diligencias a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sin cumplir el requisito de haber escuchado previamente a la jurisdicción penal militar.⁷
6. No son allegados a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura los expedientes o los elementos de prueba para que esta pueda tomar una decisión sobre la jurisdicción competente.⁸

Con todo, resta tomar nota de que no en pocos casos la Sala Disciplinaria ha ordenado la compulsión de copias para que se investigue a los operadores jurídicos por haber remitido o trabado el conflicto sin el lleno de los requisitos, ello en aras de evitar dilaciones al curso normal del proceso.

¹ Herramienta jurídico - doctrinal elaborada por el doctor Alejandro Aponte Cardona, la cual fue auspiciada por la Embajada Real de los Países Bajos.

² Documentos publicados en la siguiente dirección: www.derechoshumanos.gov.co/impunidad/

³ Radicación No. 110010102000201000345 00 1311C. Magistrado Ponente: JOSE OVIDIO CLAROS POLANCO. Bogotá D. C., febrero dieciocho (18) de dos mil diez (2010)

⁴ Radicación No. 110010102000201000333 - 00. Magistrado Ponente Doctor MARÍA MERCEDES LÓPEZ MORA. Bogotá D.C., Veinticuatro de febrero de dos mil diez. El pronunciamiento reitera lo expresado en los radicados 200601812 y 200701165, con ponencia del H. Magistrado Temístocles Ortega Narváez. Y el RADICADO: 110010102000200903523 00. Magistrado Ponente: Doctor HENRY VILLARRAGA OLIVEROS. Bogotá, D.C., Diecinueve (19) de enero de dos mil diez (2010)

⁵ RAD. N° 110010102000201000290 00. Magistrada Ponente: Doctora MARÍA MERCEDES LÓPEZ MORA. Bogotá D. C., veinticuatro de febrero de dos mil diez

⁶ Radicación No. 110010102000201000230 00. Magistrado Ponente Doctor JORGE ARMANDO OTÁLORA GÓMEZ. Bogotá D.C., 11 de febrero de 2010

⁷ Radicación No. 110010102000201000091 00. Magistrado Ponente Doctor JORGE ARMANDO OTÁLORA GÓMEZ. Magistrado Ponente Doctor JORGE ARMANDO OTÁLORA GÓMEZ. Bogotá, D.C., 29 de enero de 2010.

⁸ Radicación No. 110010102000200900510 00. Magistrado Ponente: Doctora MARÍA MERCEDES LOPEZ MORA. Bogotá D.C., Veinticuatro de febrero de dos mil diez

EL HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

HÉCTOR CRUZ CARVAJAL

Fiscal Especializado

Unidad Nacional de Derechos Humanos
y Derecho Internacional Humanitario FGN

I. ANTECEDENTES Y CONFIGURACIÓN TÍPICA

El homicidio en persona protegida, según el derecho penal internacional constituye una infracción grave a las normas del Derecho Internacional Humanitario. En este sentido, el Derecho Internacional Humanitario, es el conjunto de normas consuetudinarias y convencionales que regulan los conflictos de carácter internacional y de carácter no internacional; protegen a las víctimas y bienes de esos conflictos.

El Derecho Internacional Humanitario se encuentra integrado por: El derecho consuetudinario o derecho de gentes que es el conjunto de costumbre que regulan la guerra. Por su parte, el *ius cogens*, es la imperatividad u obligatoriedad del derecho de gentes, regulado en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969.

Las normas convencionales (*ius in bellum*) que integran el DIH, desde antiguo y de manera pedagógica se han dividido en dos frentes: El derecho de la Haya y el Derecho de Ginebra. El primero, lo integra el conjunto de instrumentos encarga-

dos de regular los usos y métodos de la guerra, al igual que la conducción de hostilidades. Por su parte, el Derecho de Ginebra, encargado de proteger a la población y personas civiles, al igual que los bienes que no son objetivo militar, en los conflictos de orden internacional o internos. Los instrumentos más representativos son: a.- Los Cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Colombia los aprobó mediante la ley 5 de 1960, depositados ante la Confederación Suiza el 8 de noviembre de 1961 y vigentes desde el 8 de mayo de 1962. b.- En el año de 1977 se expidieron Dos Protocolos Adicionales, que complementan los Cuatro Convenios de 1949.

En consecuencia, los Cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1948 y el Protocolo Adicional I, por regla general se aplican a los conflictos armados de carácter internacional. Mientras que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, se aplican a los conflictos de carácter no internacional. Además de las normas convencionales que se acaban de men-

“El homicidio en persona protegida, según el derecho penal internacional constituye una infracción grave a las normas del Derecho Internacional Humanitario”.

cionar, hoy por hoy, existe un sin número de instrumentos, que aunque no han sido expedidos en la Haya o en Ginebra, se pueden ubicar en estos dos frentes. Como acontece con los Convenios de Nueva York, Otawa, Kioto, etcétera.

Como se observa, en los diferentes instrumentos que se acaban de mencionar, no se definió en qué consiste el homicidio en persona protegida, sino que se incluyó como una conducta prohibida en el desarrollo de los conflictos. Máxime que si nos remontamos a la época en que se promulgaron los Convenios de Ginebra de 1949, donde de manera expresa se prohibió el homicidio intencional, existía una confusión histórica entre los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de genocidio.



II. CONFUSIÓN HISTÓRICA ENTRE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA

Antes de la segunda Guerra Mundial, no existía claridad en la definición de crimen de lesa humanidad. Surgió como una noción suplementaria a la noción de crimen de guerra, pues, según el Acuerdo de Londres de 1945, por medio del cual se creó el Estatuto del Tribunal Penal Militar de Nuremberg, para que existiera crimen de lesa humanidad debía estar en conexidad con el crimen de guerra.

El artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, estableció que constituían crímenes de lesa humanidad: “el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del tribunal o en relación con ese crimen, implique o no el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido”.

Fue la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg, la que inicia la distinción entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Dijo el Tribunal que para determinar la existencia de un crimen de lesa humanidad debían concurrir los siguientes elementos: i).- La nacionalidad de la víctima; ii).- el territorio donde se había cometido y iii).- La relación con un crimen contra la paz o un crimen de guerra. Además estableció que el crimen de lesa humanidad debía ser sistemático pues esto llevaba a la masividad, que era la condición más importante para la determinación del crimen. Mientras que respecto de los crímenes de guerra, los definió como una violación a las normas convencionales y consuetudinarias que regulan las guerras.

Este precedente judicial contribuyó a la expedición de la Convención para la Prevención y San-



“Los crímenes de lesa humanidad se pueden presentar en tiempos de paz o en tiempos de guerra”.

ción del Genocidio de 9 de Diciembre de 1948. Colombia aprobó la convención mediante ley 28 de 1959.

Un segundo evento que contribuyó a distinguir entre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra fue la creación de los Estatutos que dieron origen a los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante Resolución 827 de 25 de mayo de 1993. El Tribunal Penal Internacional Para Ruanda, fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante Resolución 827 de 955 de 8 de noviembre de 1994.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en su artículo 5, vuelve de manera equivocada, a lo que se dijo en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, esto es, que el crimen de lesa humanidad debía estar en conexidad con el crimen de guerra. Sin embargo, la Sala de Apelaciones del Tribunal Para la Antigua Yugoslavia, en el caso Dusko Tadic (7 de mayo de 1997), estableció el siguiente precedente:

- No es necesario establecer un nexo entre los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

- Los crímenes de lesa humanidad se pueden presentar en tiempos de paz o en tiempos de guerra.
- Un crimen de lesa humanidad se caracteriza por ser un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.
- Un crimen de guerra es una infracción a las normas del Derecho Internacional Humanitario.
- Este precedente fue ratificado por el Tribunal de Ruanda.

III. ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Como todos sabemos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional fue aprobado en Roma por la Asamblea de Estados Partes, la noche del 17 de julio de 1998. Entró en vigor el 1 julio de 2002, cuando lo ratificaron el 60 países. En Colombia se aprobó por intermedio de la ley 472 de 5 de junio de 2002 y fue declarado constitucional por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-578 de 2002. El estatuto en Colombia entró en vigor el 1 de noviembre de 2002 y como quiera que se había suscrito una cláusula de reserva únicamente para los crímenes de guerra, esta perdió vigencia el 1 noviembre de 2009, por lo que a partir de ese momento el Estatuto adquirió total aplicación en el territorio nacional.

El Estatuto tipificó cuatro categorías de crímenes internacionales (ART. 5):

- Genocidio (art. 6)
- Crímenes de Lesa Humanidad (Art. 7)
- Crímenes de guerra (Art. 8)
- Crimen de agresión

En cuanto a los crímenes de guerra el estatuto estableció que son Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i.- Matar intencionalmente. Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...) “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa”; “Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura”.

IV. ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES Y REGLAS DE PRUEBA Y PROCEDIMIENTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Aprobados por la Asamblea de Estados partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Primer Periodo de sesiones, Nueva York 3 al 10 de septiembre de 2002. En Colombia fue aprobado mediante la ley 1268 de 2008. Declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-801 de 10 de noviembre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Se establecieron los siguientes elementos para el crimen de homicidio; (Artículo 8 2) c) i) 1):



Crimen de Guerra de Homicidio:

- Que el autor haya dado muerte a una o más personas.
- Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.
- Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
- Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionado con él.
- Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

V. BASE NORMATIVA INTERNACIONAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; artículo 50, Convenio I de Ginebra de 1949; artículo 51, Convenio II de Ginebra de 1949; artículo 130, Convenio III de Ginebra de 1949; artículo 147, Convenio IV de Ginebra de 1949; artículo 8, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

VI. CARACTERÍSTICAS DEL CAPÍTULO DEL CÓDIGO PENAL

Adoptó un sistema de tipificación específica y completa. Los tipos penales no distinguen la clase de conflicto armado y por esto se pueden aplicar tanto para conflictos armados internacionales como internos. El elemento “grave” no hace parte de la estructura del tipo penal. El sujeto activo es amplio, monosubjetivo e indeterminado. Se apli-



can las reglas de autoría y participación del código penal (arts. 29 y 30). Ver Sentencia C-291 de 2007. El sujeto pasivo por lo general es cualificado. La conducta de los diversos tipos penales establecen diferentes comportamientos de acción y omisión. El objeto material es personal, real o fenomenológico. El objeto jurídico es el Derecho Internacional Humanitario. En la mayoría de los tipos se introdujo el ingrediente normativo estructural “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”. Se puede presentar la tentativa (art. 27). Es predicable el concurso de conductas punibles (art. 31). Los delitos contra el derecho humanitario son dolosos y conductas imprescriptibles.

VII. ESTRUCTURA DEL DELITO DE HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA EN EL CÓDIGO PENAL, LEY 599 DE 2000

Artículo 135: Homicidio en persona protegida. El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, ocasione la muerte de la persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años.

Según la dogmática que orienta el código penal, se hace necesario demostrar los siguientes elementos: i).- la acepción central de la conducta, esto es que se ocasionó la muerte de una persona; ii).- que la conducta se ejecutó con ocasión y en desarrollo del conflicto armado; este elemento, a su vez, según lo ha fijado la jurisprudencia nacional e internacional, exige dos sub elementos: que se demuestre el contexto del conflicto armado y que la conducta presente un vínculo con el conflicto armado iii) que la conducta haya recaído en persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario.

1. Núcleo de la conducta penal

El delito de homicidio en persona protegida por el derecho Internacional Humanitario, al igual que el injusto penal de homicidio común, exige para su configuración típica que exista una acción de matar y un resultado, muerte de una persona, como núcleo esencial.

2. El elemento “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”

Lo esencial de todo crimen de guerra es que constituye una violación de las normas que regulan el comportamiento de las partes contendientes en un conflicto armado, es decir, el derecho internacional humanitario. Solo cabe hablar de posibles infracciones al derecho internacional humanitario cuando nos encontramos dentro de su ámbito de aplicación, y esto sólo ocurre, como los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda han subrayado, desde el momento en que surge un conflicto armado.¹ Por esta razón, la norma prevé expresamente el requisito de que “la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado”, aunque no define los ámbitos

geográfico y temporal abarcados por la noción de conflicto armado.

De conformidad a la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones de los Tribunales Internacionales mencionados, el ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario en una determinada situación de crisis se inicia con el comienzo del conflicto armado y se extiende más allá del cese de las hostilidades hasta la conclusión de un acuerdo general de paz o resolución pacífica de la disputa. Durante el tiempo en que dure el conflicto, es aplicable el derecho internacional humanitario en el conjunto del territorio del estado, con independencia de dónde se estén produciendo los combates en un momento determinado.²

Por esta razón, los crímenes de guerra, en cuanto que infracciones graves al derecho internacional humanitario, pueden en principio cometerse en áreas que se encuentren alejadas de las zonas en las que se estén desarrollando las operaciones militares.³ En este sentido, la sentencia de primera instancia del Tribunal Internacional para La Antigua Yugoslavia en el caso Blaskic ha afirmado expresamente que no es necesario probar la existencia de un conflicto armado en cada una de las municipalidades en las que presuntamente se hayan cometido los crímenes de guerra, sino que basta con que se demuestren las circunstancias que atan la conducta con el conflicto.⁴

Además, este elemento contextual de carácter material hace parte del tipo objetivo y, por tanto, determinativo de la condición de crimen de guerra de una determinada conducta, que debe ser abarcado por el elemento subjetivo del tipo penal.

² Ibidem

³ OLÁSULO ALONSO, Héctor, Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, CRUZ ROJA ESPAÑOLA, editorial Tuirant Monografías, 450, Valencia España, 2008; pág 38.

⁴ Ver sentencia de primera instancia en el caso Blaskic, Tribunal Penal Internacional Para la Antigua Yugoslavia, párrafos 69 y 70.

¹ Ver sentencia de primer grado, Tribunal Penal Internacional Para La Antigua Yugoslavia, decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic, párrafo 70.



“Conflicto armado de carácter no internacional: “...es un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos...”.

Sin embargo, la existencia de responsabilidad penal no se hace depender de que el autor haya realizado los juicios de valor inherentes a los elementos normativos, sino que es suficiente con que el autor conozca las circunstancias fácticas que se encuentran a la base de dichos juicios de valor.⁵

De modo que con lo dicho, el análisis de este elemento, obliga a que se establezca si la conducta se ejecutó en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional y la existencia de un vínculo o unión de la conducta con el conflicto armado.

a. El conflicto armado

En ese sentido, los Cuatro Convenios y el Protocolo Adicional I, se aplican a los conflictos armados internacionales y el artículo 3, común de los convenios y el protocolo adicional II, a los conflictos armados de carácter no internacional; también, de manera reciente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 8, habló del conflicto armado interno.

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra describe únicamente las obligaciones de las partes contendientes cuando un “conflicto sin carácter internacional surja en el territorio de una Alta Parte Contratante” y consagra además, las garantías mínimas que deben observar las partes en protección a la población civil y los bienes civiles, sin precisar lo que se debe entender por conflicto armado.

Por su parte, el Protocolo II Adicional de 1977, desarrolla la normativa contenida en el artículo 3 a los Convenios de Ginebra y, al mismo tiempo, recoge una serie de criterios que permiten distinguir las situaciones de conflicto armado de las situaciones de tensiones o disturbios internos, tales como los motines, o actos esporádicos o aislados de violencia. El artículo 1, del citado Protocolo, estableció: “Artículo 1. El presente Protocolo, que desarrolla y complementa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (protocolo I) y que se desarrollen en el territorio, de una alta parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, que bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre

una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo...”.

A su turno, el Estatuto de Roma, en su artículo 8 - 2, f, de una manera más sencilla dice que conflicto armado de carácter no internacional: “...es un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos...”.

Entonces, de las normas internacionales que se acaban de mencionar se tiene que el artículo 3 común a los Convenios, exige que el conflicto armado se libere al interior del territorio del estado; al artículo 8.2.f del Estatuto de Roma requiere que el conflicto armado sea prolongado y que las partes contendientes sean organizadas; y el artículo 1 del Protocolo Adicional II, requiere que siempre uno de los actores armados sean las fuerzas armadas del estado y exige que la otra parte en el conflicto posea control territorial, organización y mando responsable, que pueda realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y que tenga capacidad de aplicar el Protocolo.

El tema del conflicto armado de carácter no internacional ha sido estudiado de manera suficiente por los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, y especialmente su sala de apelaciones. Organos internacionales que son autoridad interpretativa y sus decisiones resultan viables en nuestra judicatura, por vía de bloque de constitucionalidad, como lo ha expresado la Corte Constitucional. En este sentido, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en el caso Tadic, dijo:

“Los grupos armados organizados se distinguen de un conjunto de individuos no organizados en que tienen normalmente una estructura, una cadena de mando, una normativa oral o escrita interna y un conjunto de símbolos dirigidos a expresar externamente la autoridad de sus miembros.

Además, éstos últimos no actúan por su cuenta, sino de acuerdo con los estándares adoptados por el grupo y se encuentran sometidos a la autoridad del jefe del grupo. En consecuencia, se puede afirmar que para la Sala de apelaciones de los tribunales ad hoc un conflicto armado es una confrontación colectiva en la que los grupos armados implicados deben tener una organización interna que cubra los siguientes aspectos: (i) deben actuar bajo un mando responsable; (ii) deben tener un sistema disciplinario interno, cuya existencia sitúe al grupo armado de que se trate en situación de poder hacer que sus miembros apliquen el derecho internacional humanitario; y (iii) deben tener una estructura interna que les permita planear y ejecutar de manera concertada operaciones militares durante un cierto periodo de tiempo. También, debe haber suficiente intensidad y duración temporal del recurso a la violencia por parte de los grupos armados implicados a los efectos que se pueda hablar realmente de violencia armada prolongada”.

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda señaló: “el término conflicto armado sugiere en sí mismo la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor grado. Por lo tanto, esto deja por fuera las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores. Para decidir la existencia de un conflicto armado interno ... entonces, será necesario evaluar la intensidad del conflicto y la organización de las partes en conflicto”.⁶

Como se observa, la jurisprudencia no exige que el grupo armado organizado realice operaciones militares continuas durante un cierto periodo (operaciones militares sostenidas), sino lo que exige es que sus operaciones se extiendan a lo largo del tiempo aunque no tengan un carácter continuado, como si lo exige el artículo 1, Proto-

⁵ La Asamblea de Estados Partes en el Estatuto, debió reunirse en periodo de sesiones, en Nueva York, del 3 al 10 de septiembre de 2002 y diseñaron los elementos de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional y las reglas de prueba y procedimiento. Este Instrumento fue ratificado por el Estado de Colombia a través de la ley 1268 de 2008 y revisado por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-801 de 10 de noviembre de 2009, magistrado ponente Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁶ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso Sejan Paul Akayesu, Párrafo 120, sentencia de 2003.



colo Adicional II, que demanda operaciones militares sostenidas.⁷ Se destaca un elemento adicional, como es la intensidad, pero fue utilizado, tal vez, para diferenciar el conflicto de las tensiones y disturbios interiores.

Con todo, las normas internacionales que se acaban de transcribir y la jurisprudencia que se acaba de mencionar, no solo definen el conflicto armado interno, sino que prohíben la ejecución de algunas conductas, como el homicidio en contra de personas protegidas por los mismos instrumentos. Normas y jurisprudencia, que derivan su aplicación en la legislación interna, por vía de bloque de constitucionalidad, previsto, para este evento, en los artículos 93 y 214 de la Constitución Política, por lo que se deben aplicar de manera sistemática.

b. Vínculo entre la conducta típica y el conflicto armado

Para que se cometa un crimen de guerra no basta con que la conducta típica se produzca en el marco geográfico temporal del conflicto armado, sino que es además necesario que la misma se encuentre vinculada de alguna manera con dicho conflicto armado; de suerte que a falta de la relación entre la conducta típica y el conflicto armado en cuyo seno se produce, no se puede hablar de crimen de guerra sino de un delito ordinario cometido en tiempo de guerra.

Sin embargo, no existe norma internacional o nacional que estipule que se debe entender por vínculo o nexo de la conducta típica con el conflicto armado. Tal situación fue aclarada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia 32022 de 21 de septiembre de 2009, precisamente, acudiendo a la jurisprudencia de

los Tribunales Internacionales y un reciente pronunciamiento de la Corte Penal Internacional. En este sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dijo: “La sola constatación de que la conducta se produjo en el seno de un conflicto armado no es suficiente para calificar el delito como violatorio del derecho internacional humanitario, sino que probatoriamente tiene que acreditarse que la misma está vinculada con el conflicto, por que su existencia juega un papel sustancial en la decisión del autor de realizar la conducta prohibida, en su capacidad de llevarla a cabo o en la manera de ejecutarla, requisito que se deriva de la concepción de los crímenes de guerra como infracciones graves de las normas que regulan el comportamiento de las partes contenidas durante el conflicto armado.

Frente a la naturaleza del vínculo requerido, en la medida en que tal aspecto no es definido en el Estatuto de Roma, como tampoco en otra norma internacional aplicable y menos en el código penal nacional, resulta pertinente acudir al concepto fijado en fallos de Tribunales Internacionales:

Sobre esta cuestión la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha señalado que no es necesario que exista un vínculo directo entre la conducta y el conflicto armado en el sentido de que aquella no tiene por qué producirse en medio del fragor del combate. Según la Sala de apelaciones el mismo Tribunal Internacional, basta con que exista una relación de cierta proximidad entre la conducta y las hostilidades que se están desarrollando en cualquier otro lugar del territorio controlado por las partes contendientes, de manera que se pueda afirmar que su comisión o la manera de llevarse a cabo se encuentra influenciada por la existencia del conflicto armado.

Por su parte, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, en su decisión sobre la confirmación en los cargos en el caso Lu-



“Se entiende por persona protegida todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas”.

bangá, ha reafirmado la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda en esta materia, al tiempo que ha subrayado que el conflicto armado, si bien no tiene por qué ser la causa última de la comisión de la conducta, debe como mínimo haber jugado un papel sustancial en la decisión del autor de realizarla, en la capacidad del autor de llevarla a cabo o en la manera en que la misma ha sido finalmente ejecutada. En cualquier caso, es importante subrayar que esto no significa que el autor deba pertenecer a las fuerzas armadas de alguna de las partes contendientes puesto que, como bien ha sido señalado, los crímenes de guerra pueden ser también cometidos por personas que ni son combatientes ni participan directamente en las hostilidades...”

Entonces, no es necesario que exista un vínculo directo entre la conducta típica y el conflicto armado en el sentido de que aquella no tiene por qué producirse en medio del fragor del combate o teatro de operaciones. Por el contrario, es suficiente con que haya una relación de cierta proximidad entre la conducta típica y las hostilidades que se pueden estar presentando en cualquier

otro lugar del territorio controlado por las partes contendientes, de modo que se puede afirmar que su realización, o la manera de llevarse a cabo, se encuentra influenciada por la existencia del conflicto armado.

3. El elemento “en contra de persona protegida”

El segundo elemento contextual de carácter material es el relativo a la condición de protegido que, conforme al derecho internacional humanitario, debe tener el sujeto u objeto pasivo sobre el que recae la conducta típica. Así, si la acción u omisión descrita en el tipo penal recae sobre un sujeto o un bien que no se encuentra protegida por el derecho internacional humanitario, no cabe hablar de infracción de este último ni mucho menos de un crimen de guerra.

De conformidad a lo establecido en el artículo 4, convenio IV de Ginebra de 1949 y artículo 4, protocolo adicional II, se entiende por persona protegida todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de la libertad.

El párrafo del artículo 135 del Código Penal, establece que para efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario.

Por lo tanto, se puede afirmar que en general el derecho Internacional Humanitario y el párrafo del artículo 135 del código penal, ofrecen protección a todas las personas que no participen directamente en la conducción de hostilidades (en el caso del conflicto interno) o no tengan la condición de combatientes (en el caso de conflictos internacionales) o que teniendo esa condición, por determinada circunstancia cayó en poder de la parte adversa, entra en el ámbito de protección.

7 OLÁSULO ALONSO, Héctor, Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, CRUZ ROJA ESPAÑOLA, editorial Tuirant Monografías, 450, Valencia España, 2008.

LA DEFENSA TÉCNICA

Y EL CONTEXTO DE LA LEY 1407 DE 2010

MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS¹

Capacitador de la Escuela Roberto Camacho Webberg de la Defensoría del Pueblo.

La defensa, o si se prefiere nominar como *derecho de defensa*, hace parte del repertorio procesal actual, como una especie de *conditio sine qua non* de legalidad y existencia misma del proceso. Significando con ello que a falta de derecho de defensa, se pone entredicho la legalidad misma del proceso en general, y de las actuaciones procesales en particular; e incluso, podría llegar a controvertirse la existencia misma del proceso por cercenamientos al ejercicio del derecho de la defensa.

Lo cierto es que se trata de lo que el estructural funcionalismo identificó como *hecho institucional*, descartando así que sea algo natural, y por lo tanto, es una creación del hombre que tiene una historia concreta. Pese a ello, en la actualidad nos parece algo tan normal y tan connatural al proceso, como decíamos, que se sugiere una cierta sensación de participar de un origen casi que espontáneo, cuando en realidad, el derecho de defensa tiene fecha de nacimiento, y todo un acontecer histórico, que impide la creencia de haber sido siempre como es ahora. Al cabo, desconocer

1. Doctor en sociología jurídica. Profesor en pregrado y postgrado, universidades santo tomás, católica, gran colombia y militar nueva granada.



“El principio de defensa técnica debe entenderse adecuadamente en su dinámica constitucional y procesal. De suerte que adquiere características específicas conforme al modelo procesal en que se aplique, y que conforme se ha podido establecer, en los esquemas de corte acusatorio y adversarial, incorpora exigencias asociadas al tipo de producción de verdad que se opera, y en la dinámica que le imprime el principio adversarial. Pero adicionalmente, en el contexto de la Ley 1407 de 2010, surge la exigencia concreta relacionada con el contexto al que se remite el tipo de proceso en particular”.

esa condición de contingencia que lo acompaña, como a cualquier otra institución, conlleva inexactitudes y extravíos que impiden comprenderlo en su esencia y funcionalidad.

Así por ejemplo, es una insensatez afirmar que el proceso seguido contra Jesús de Nazaret, adoleció de nulidad por violación el derecho de defensa, justamente por haber carecido de un defensor técnico. Tal afirmación sería falsa y necia, pues un observador liberado de preconceptos advertiría que en aquella época no existían los llamados defensores técnicos, y que a Jesús le fueron garantizadas las posibilidades de defensa que se reconocía a cualquier otro procesado. Y más aún, encontraría que Jesús se defendió de la forma más inteligente y apropiada para el esquema procesal al cual estuvo sometido: guardar silencio a

la espera que sus acusadores demostrasen lo que le enrostraron.

Podría aún así señalarse que el gran Cicerón fue un defensor excepcional. Y en rigor tendríamos que rechazar esa misma afirmación, en tanto para la época aún no existían los defensores, al menos a la manera como los concebimos en la actualidad. Existían los oradores, los voceros, pero se trataba de una figura muy distinta.

Si bien no es el propósito recrear una historiografía del derecho de defensa, apenas se quiere llamar en este instante la atención sobre la cualidad contingente del instituto. En otras palabras, que se trata de una institución que hace parte de un sistema, que le ha sido atribuida una cierta función y que juega un papel específico dentro de la estructura procesal en la cual se opera. De ahí que cualquier tentativa de abordamiento del tema, reclama la advertencia de su relatividad.

EL DERECHO DE DEFENSA DENTRO DEL PROGRAMA CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

No existe una norma constitucional que en concreto determine el sentido del derecho de defensa, lo cual no es característico del programa constitucional colombiano, más bien se explicaría en el hecho de no ser en sí un tema constitucional. Si bien el programa en general ofrece indicaciones básicas, por ejemplo, la proscripción de cierto tipo de penas, los presupuestos factuales del derecho penal, los principios de legalidad de los delitos y las penas y, desde luego, la nulidad absoluta o plena de las pruebas fruto de procedimientos ilícitos, lo cierto es que a partir de estas y otras normas, se permite una cierta matización (Moya, 2002, 2003, 2006).

Debe tenerse en cuenta que la Constitución definiría no directamente sino por defecto lo que es el derecho de defensa; es decir, al dar indicaciones generales del modelo procesal, indica por



consiguiente, que lo que resulte contrario a él es ilícito. Y es a partir de un ejercicio de esta naturaleza que podemos formular una aproximación constitucional al derecho de defensa.

Con el propósito de explicar la manera como se procede a poner el tema de manifiesto, debemos señalar dos aspectos marco. El primero, tiene que ver con la naturaleza de la potestad punitiva del Estado. Entendiendo que en desarrollo del principio de soberanía todo Estado ejecuta su poder punitivo, tal poder por ser el más violento es así mismo el más controlado, y por consiguiente, el que se encuentra sujeto a un más rígido constructo procedimental (Moya, 2007). El Estado puede y debe administrar el castigo social, pero bajo ciertos parámetros, en ausencia de los cuales no sólo deviene la ilicitud del procedimiento, sino que las jurisdicciones extranjeras no se encontrarían dispuestas al reconocimiento de la sentencia que se produzca en tales condiciones, pues normalmente violan el régimen internacional (Maier, 2002).

En segundo lugar, en los juegos regulados -institucionalmente hablando, se dan unas reglas que indican las formas, movimientos, prohibiciones, facultades, etc, que los ejecutores de la institución pueden desarrollar. Es decir lo behaviorista del proceso no sólo indica la ritualidad del proceso, sino que también crea unas ciertas condiciones del juego, conforme con las cuales, el actor procesal debe observar unas ciertas reglas de comportamiento al interior del espacio en que se desarrolla concretamente el juego procesal.

Por consiguiente, el derecho penal es en sí, en tanto sistema, un método autocontrolado de coerción (Grosso, 2005). La defensa tiene a su turno dos vectores: en primer lugar, monitorea la verificación del autocontrol, y de hecho, hace parte de él mismo. Y en segundo lugar, es constructivista de la producción de la verdad procesal.

Todo lo que resulte opuesto a ese control autorregulado, puede ser invocado por la defensa como factor a su favor, en el entendido que la agresión del Estado ha perdido validez legal (Bourdieu, 2000).

Es esto lo que explica la afirmación de base, conforme con la cual, la Constitución Política, muy particularmente, en su artículo 29, por defecto, permite derivaciones de lo que es en Colombia el derecho de defensa.

En primer lugar, se dice, es un derecho, y en tanto tal, un principio, en el entendido que no es un valor. Es decir por oposición categorial, se trata de una imposición o gravamen que pesa inevitablemente sobre el poder punitivo del Estado. Precisamente, un valor, como por ejemplo, la justicia, se encuentra identificado por ser algo que se busca, pero que de no alcanzarse, no se deriva un vicio procesal a causa de ello respecto de la actuación. De ahí que, una sentencia puede ser injusta, pero dado el hecho nudo de haber surgido conforme a derecho, no es por consiguiente cuestionable.

En cambio, por ser la defensa un principio, el hecho no haber sido garantizada y ejercida, así

sea en su expresión más arcaica, vicia el proceso, puesto que su observancia es inevitable. Incluso, es la primera norma rectora del procedimiento contemplado en la Ley 1407 de 2010, y de la misma naturaleza participa en la Ley 906 de 2004. En un momento dado, afirmamos que se trata no de cualquier derecho, o de cualquier principio, sino de uno muy particular en tanto conserva la extraña característica de ser ejercido aún contra la voluntad del titular. De hecho, en las actuaciones procesales, no puede prescindirse de la defensa so pretexto de no querer el procesado ejercer su derecho. Caso en el cual se acude la defensoría pública, y así manifieste el procesado una renuncia total a su derecho, igual será defendido.

La Corte Constitucional, fiel a su idea conforme con la cual no existen derechos absolutos, negó tal concepto mediante sentencia C-475 de 1997. Aún cuando sus posteriores pronunciamientos permiten seguir considerando el acierto de la idea que en su momento postulamos.

Por otra parte, es preciso verificar que el principio de dignidad humana, vertebral del Estado Social y de Derecho, permite decantar que el también principio de defensa no puede ser alterado ne-

gativamente en su contenido, con ocasión de circunstancias tales como la raza, la condición social o económica, la condición psicológica, de religión o género, del procesado.

Y al decir el artículo 29 de la Constitución que nadie podrá ser declarado culpable hasta tanto no haya sido desvirtuada mediante sentencia de mérito, la presunción de inocencia que agracia al procesado, a condición que ello se produzca con base en pruebas legales y lícitas, permite sostener como consecuencia, que es el Estado el que debe desvirtuar dicha presunción iuris tantum, la cual protege al procesado en el curso de la actuación. Es decir, la agresión penal de la fuerza castigadora del Estado, se condiciona a proceder mediante un método orientado a superar las resistencias implicadas en la presunción.

Pero adicionalmente, la orden constitucional conlleva a la indicación de un determinado camino para alcanzar la ruptura de la presunción, es lo que comúnmente se conoce como el método de la indagación. Al respecto, y como es bastante conocido, particularmente después de la obra de Michel Foucault (1984), la indagación como fundamento de producción de la verdad procesal, supone la obligación de presentar rastros que signifiquen, bajo cierta ratio, la responsabilidad penal. Una ratio que no sólo convoca condiciones propiamente jurídicas, sino adicionalmente, las que son fundamentadoras de la lógica y, más adecuadamente, las que comprometen el proceso de producción del sentido, es decir, del sentido penal. Luego es un ejercicio comunicativo donde la semiosis se opera con un trasfondo jurídico en referencia a unos hechos ofrecidos a una cierta distancia, a través de la evidencia.

En suma, desde el punto de vista constitucional, la defensa implica un principio, que es en sí un ejercicio comunicativo, de control y de construcción de la verdad procesal.



“Desde el punto de vista constitucional, la defensa implica un principio, que es en sí un ejercicio comunicativo, de control y de construcción de la verdad procesal”.

DE LA DEFENSA TÉCNICA Y LA DEFENSA MATERIAL

Esta división, un tanto artificiosa, quiere hacer ver dos caras de una misma institución. Por la defensa material se ha querido atender el derecho que asiste a la persona del procesado para participar en el ejercicio de su derecho; mientras que por la defensa técnica se ha preferido ver la versión técnica de dicho ejercicio.

Sin embargo, las dos no han querido ser vistas como interdependientes, sino como ejercicios paralelos que, en versión de la Ley 600 de 2000 hacían prevaler la defensa técnica sobre la material, mientras que la Ley 906 de 2004, al menos cuanto tiene que ver con las terminaciones anticipadas del proceso, sugieren exactamente lo contrario.

También se ha querido asociar la defensa técnica con el criterio del derecho sustancial, sugiriendo su prevalencia mediante el precepto constitucional que ordena la sujeción del derecho adjetivo al efectivo cumplimiento del derecho material o sustancial.

Hizo carrera la vigencia plena de la Ley 600 de 2000 y del Decreto 2700 de 1991, que la precedió, que durante las audiencias públicas, los jueces le concedieran la palabra a las personas procesadas, para que si lo querían “hicieran ejercicio del derecho de defensa material”, significando con ello que podían, por ejemplo, interrogar ellas mismas a los testigos participantes. Sin embargo, lo que se hizo usual fue que los procesados concediesen el uso de la palabra a sus defensores técnicos.

Con todo, en vigencia de los códigos de corte napoleónico (Ley 600, Decreto 2700, etc), no hubo un control auténtico en punto a la calidad de la defensa técnica, lo cual fue caldo de cultivo a esa institución completamente deleznable, que fue la defensoría de oficio. Incluso, el precedente juris-

“El disponer de la asistencia de un abogado reconocido por el Estado como idóneo para postular por los derechos del procesado, es lo que ha querido entenderse mediante el concepto de defensa técnica”.



prudencial de la Corte Suprema fue que la nulidad por violación al derecho de defensa suponía la comprobación de que el defensor dejó de hacer algo a favor del procesado que, pudiendo efectivamente hacerlo y de haberlo hecho, habría cambiado el sentido de la decisión judicial.

Argumento con el cual ciertamente se escudaba fácilmente hasta el más ignorante y negligente defensor. Lo cual dejaba entrever la verdadera

condición y estima de tal derecho, bajo el régimen de aquellas leyes.

Lamentablemente la Ley 1407 de 2010 conservó esa institución, lo cual deja en un desequilibrio manifiesto a los servidores públicos sujetos a la jurisdicción penal militar, frente a las personas sometidos al régimen de la Ley 906 de 2004.

LA DEFENSA EN LOS PROCESOS DE CORTE ACUSATORIO Y ADVERSARIAL

El disponer de la asistencia de un abogado reconocido por el Estado como idóneo para postular por los derechos del procesado, es lo que ha querido entenderse mediante el concepto de defensa técnica.

En los procesos de tendencia marcadamente acusatoria y adversarial, o paritarios, según los nominó Damaska (2000), no sólo se trata de un interviniente procesal, sino que es en sí mismo integrante de una de las partes procesales. Es decir, más que un postulante, se trata de un constituyente indispensable de la dinámica procesal, puesto que si es adversarial el proceso, y ello implica una dinámica de pretensiones encontradas, respecto de las cuales el juez no puede más que optar por la que resulte mejor fundada, simplemente no es posible el proceso sin esa parte, como que no es viable un diálogo donde no se puede más que constituir un soliloquio.

Pese a que el país fue sorprendido en su ingenuidad jurídica con un modelo procesal al cual no se familiarizaría fácilmente, ni terminaría de comprender pasados ya casi cinco años de vigencia, algunos jueces entusiastas del cambio, se percataron que frecuentemente los abogados que estaban interviniendo en los procesos tipo Ley 906 de 2004, no eran idóneos para ejercer su rol. Lo cual conllevó la paralización de las audiencias, las nulidades y, en fin, correcciones a tiempo.

Decisiones afortunadas que, adicionalmente, han tenido aval de la Sala Penal de la Corte, y que, como arriba se dijo, pone en entredicho los pretextos de la sentencia C-475 de 1997, al fin y al cabo pensada para un esquema procesal más inquisitorial que acusatorio. Luego, no basta con ser abogado para poder oficiar como defensor, sino que debe ser adicionalmente un abogado idóneo.

Pero por otra parte, no es apenas un ejercicio curtido de contenidos dogmáticos. Se trata también y simultáneamente, de una práctica económica, en que la ecuación se descompone en términos de beneficio máximo producto del sistema procesal y la mínima inversión, entendiéndose por ésta última el menor sacrificio de derechos. De ahí que el concepto de teoría del caso, bien que preferimos designarla *propuesta de juicio*, es el fruto de sopesar lo que más conviene a la persona sujeta al procesamiento.

La defensa, como se sabe, en las formas de enjuiciamiento marcadamente acusatorias y adversariales, registra dos alternativas extremas, estas son, la defensa negativa y la defensa afirmativa. También se las ha denominado, en su orden, defensa pasiva y defensa activa, términos éstos que no expresan el eidos de su ejercicio, pues no es que la primera implique un *no hacer* del defensor, sino preferiblemente un contraerse a desvirtuar la afirmación del acusador, impugnando sus testigos, conainterrogándolos, interponiendo los recursos pertinentes, en fin, oponiéndose a la pretensión del fiscal, en el entendido de oponerse a que la presunción de inocencia haya sido debidamente desvirtuada.

En cambio, la defensa afirmativa compone una estrategia en que la propuesta de juicio va más allá, en tanto el defensor afirma aquello que sucedió, que naturalmente es más benéfico para el procesado que lo propuesto por el fiscal.



Así por ejemplo, si el fiscal afirma un homicidio, el defensor que niega en vez de afirmar, disputará los fundamentos que sustentan en voces del fiscal, la afirmación en su aspecto fáctico, jurídico, probatorio, o en todos o varios de los anteriores.

Mientras que una defensa afirmativa, por ejemplo, si el fiscal enrostra el homicidio, el defensor opone o afirma la legítima defensa.

La gran diferencia entre las dos se encuentra en que el que afirma debe probar su aserto, so pena de no prosperar. En consecuencia, debe probarlo, y esto compromete con costos específicos a la parte que postula. Así que suele ser mucho más costosa una defensa afirmativa frente a otra de naturaleza negativa.

Pero adicionalmente, la defensa afirmativa tiene un riesgo importante, consistente en que amplía el rango de congruencia. Es decir, si por ejemplo, el fiscal afirma el homicidio y el defensor tuvo por teoría del caso la negación, en el evento de

que el juicio de la afirmación no supere el examen jurídico, fáctico y probatorio, el juez deberá absolver. Pero si la propuesta de juicio del defensor frente a la acusación de una tentativa de homicidio es, por ejemplo, la afirmación de una lesiones personales, y las demuestra, significando que el fiscal no logró a su turno acreditar la tentativa de homicidio, el juez condenará por lesiones. El riesgo se manifiesta en el sentido de que si el defensor en esta hipótesis hubiese optado por la defensa negativa, lo más probable habría sido una absolución.

ASPECTOS ESPECÍFICOS ASOCIADOS A LA LEY 1407 DE 2010

El hecho de buscar realizar el esquema de procesamiento penal militar, a los principios acusatorio y adversarial, conlleva la validez de los presupuestos enunciados (Moya, 2006), respecto al ejercicio del derecho de defensa en el marco de la Ley 1407 de 2010. No obstante es preciso ahondar en dos aspectos importantes.

El primer aspecto implica las contribuciones epistemológica y ontológica del defensor. Ciertamente, en tanto parte procesal, el defensor contribuye a la producción de conocimiento procesal de ese proceso en particular. Adicionalmente, proporciona al juez elementos para erigir una propuesta del juicio, en verdad procesal, que es precisamente en lo que terminará el ejercicio de esa máquina de producción social que es el proceso.

Por manera que el concepto de verdad real o material o “verdad verdadera”, queda dentro del modelo acusatorio y adversarial, relegado y superado, por el de verdad procesal, lo cual desde la perspectiva constructorista de la realidad social, es apenas una cualidad de esta y de cualquier otra institución, pues toda institución es realidad socialmente creada, dispuesta a crear más realidad social.

El proceso es pues, conforme a la teoría de los juegos, una estructura dispuesta por un complejo de reglas, y es su observación lo que hace que el juego *pueda ser jugado*. Lo restante, es accesorio.

Por consiguiente, y desde la perspectiva de este aspecto, un buen defensor es el que sabe jugar bien el juego procesal.

El segundo aspecto, que más que un segundo aspecto es una profundización del anterior, tiene que ver con la idea de idoneidad del defensor. Lo cual desde luego ya ha sido objeto de precisiones arriba. Un defensor idóneo en procedimiento penal, es quien conoce satisfactoriamente el sistema penal y, más aún, dentro del sistema penal, el modelo procesal.

Pero un defensor idóneo para el modelo procesal de la Ley 1407 de 2010 es el que domina ciertamente el sistema penal y el modelo procesal, pero además, el que conoce bien el régimen, las prácticas y al realidad que deben enfrentar las personas sujetas al régimen de esta Ley.

Precisamente el surgimiento de una jurisdicción especializada, se explica en el hecho de que existen situaciones que precisan ser vistas desde una perspectiva que no es compartida con el común de personas procesadas. Así como la justicia penal militar demanda jueces expertos, también reclama fiscales y defensores no menos expertos en el quehacer cotidiano del militar activo. De ahí que el defensor técnico más deseable para este nuevo régimen sea, ni más ni menos, el que conoce la realidad que deben enfrentar las personas que en calidad de servidores públicos, ofician como militares.

Si se busca en el común de abogados expertos en sistema penal y, por supuesto procesal de corte acusatorio y adversarial, la defensa material cobrará una significación sin igual, mucho más profunda que la que tendría en el esquema tipo Ley 906 de 2004, puesto que mientras que un defensor ordinario no precisa ingresar en la experiencia de las prácticas criminales, un defensor de un militar sí requiere conocer las especificidades que la actividad reclama. En caso contrario, la construcción de las propuestas de juicio darían de hecho el mismo efecto que tendría el llevar a la justicia ordinaria, lo casos especializados de la jurisdicción penal militar.

BIBLIOGRAFÍA DE CONSULTA

- Bourdieu P. (2000) La fuerza del derecho. Universidad de Los Andes.
- Damaska M. (2000) Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Editorial Jurídica de Chile.
- Foucault M. (1984) Vigilar y Castigar. Siglo XXI.
- Grosso M.S. (2005) ¿Originalidad o dependencia en el pensamiento jurídico-penal colombiano? Legis.
- Maier J. (2002) Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos. Ediciones del Puerto s.r.l.
- Moya V. (2003) Confines Internacionales de la Jurisdicción Penal. Revista Electrónica de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional.
- (2002) Nuevo Código de Procedimiento Penal Comentado. Universidad Externado e Colombia. Compilación de la Dra. Claudia López Díaz.
- (2006) Cuatro Aspectos Polémicos de la Ley 906 de 2004. Defensoría del Pueblo-Impronta Nacional.
- (2007) Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial. Universidad Santo Tomás.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES PENALES MILITARES EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO

TC. (R) CARLOS ALBERTO LASPRILLA RAMÍREZ
Fiscal 29 Penal Militar

Ad portas del trascendental cambio que se avecina en nuestra normatividad, es bueno traer a colación la enorme responsabilidad que conlleva el papel del juez en el nuevo sistema penal oral acusatorio como líderes de la administración de justicia penal militar, rol evidenciado con especial fuerza en la conducción de las audiencias y en el respeto de los derechos y libertades de los militares y policías Colombianos.

Desde una perspectiva de correlatividad de los derechos ciudadanos con las obligaciones de los servidores públicos, cualquier consagración de derechos por parte del ordenamiento implica una carga que debe asumir el Estado y en su cabeza los administradores de justicia.

“Todos los ciudadanos tienen el derecho de tener un juez natural e imparcial que decida en favor de la legitimidad de las actuaciones, que dentro de un proceso en su contra se curse por cualquier motivo”.

En primera instancia, en su calidad de servidor público, el juez penal militar, es uno más de los mecanismos institucionales concebidos desde el sistema estatal para conservar el orden social.

En ese orden de ideas, y como cualquier otro servidor, el juez penal militar es responsable de la garantía de los derechos ciudadanos, en este caso de los miembros de la Fuerza Pública, quienes han sido destacados para ejercer la autoridad, con el consecuente porte de las armas para el cumplimiento de su función.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de tener un juez natural e imparcial que decida en favor de la legitimidad de las actuaciones, que dentro de un proceso en su contra se curse por cualquier motivo, e igual derecho a aquellos que voluntariamente portan el uniforme: tienen el derecho que una autoridad imparcial decida con justicia, que esa autoridad interprete las normas como merece todo nacional, con el mismo respeto que a sus

conciudadanos, y con la misma rigurosidad que al resto de Colombianos, teniendo claro que por la particular misión que cumplen, ostentan el fuero castrense.

Igualmente, los jueces penales militares tienen en su labor de competencias y responsabilidades, juzgar a los jóvenes incorporados para prestar el servicio militar durante el lapso que dispone la ley, quienes transitoriamente se ven sometidos a las normas castrenses, en las mismas condiciones de quienes integran la Fuerza Pública.

Difícil tarea enfrentan los jueces, que deben sopesar en la misma balanza los superiores intereses del Estado de hacer justicia mientras se brinda garantía de los derechos fundamentales a los uniformados, reto solo superado mediante el permanente estudio y aplicación de las normas constitucionales y legales, y el acertado análisis de todos los elementos probatorios aportados por las partes, sin olvidar además las Normas Internacionales integradas a las internas, mediante el bloque de constitucionalidad.

En el acontecer meramente técnico, cambia sustancialmente el desempeño del juez penal militar, pues, en el rol juzgador, deja de ser el juez de instancia quien recibe las investigaciones, hace el control de legalidad, pide pruebas (actualmente visto con horror en aras de la imparcialidad), cita y dirige una audiencia, para luego proferir una sentencia; ahora, se le otorgan novísimas herramientas que se convierten en instrumentos más idóneos, más oportunos, y más eficaces en la aplicación de justicia.

En cuanto al manejo de la prueba, ha de ser especialmente cuidadoso el juez penal militar para escuchar y analizar los planteamientos de la fiscalía que acusa y del abogado que defiende, re-



“Contrario a sus homónimos de la justicia “ordinaria”, el juez penal militar juzga únicamente a servidores públicos de especial condición”.

cibiendo y valorando cada una de las pruebas aportadas en su descubrimiento, en exigente cumplimiento de las normas establecidas por la Carta Magna, en particular las referentes al derecho de defensa y de contradicción de las mismas, constituyéndose de esa manera en referente de la legitimidad estatal, característica intrínsecamente vinculada a nuestro Estado Social de Derecho.

No debemos pensar que el nuevo sistema dará solución a todos los problemas que enfrentan los administradores de justicia, pues de seguro continuarán surgiendo imprevistos originados en la escasez de recursos humanos, técnicos y financieros aminorados ya por la administración. Sin embargo, no puede ser ninguno de éstos excusa válida en el contexto legal y constitucional planteado, para que el juez penal militar alegue imposibilidad de cumplimiento de su deber y se exima de la aplicación de la norma en todo su rigor, tanto para garantizar la función punitiva intrínseca al derecho penal, como la debida observancia a los postulados de defensa y principios de legalidad, irretroactividad, favorabilidad y aquellos que constituyen la esencia de la protección del ciudadano al exceso en la aplicación de la ley penal, es ahí donde debe surgir la capacidad e iniciativa de cada juez para mejorar sus condiciones y hacer gala de su don de acierto en tan loable labor.

Aún si estuvieran cubiertos todos los requerimientos para la implementación del nuevo sistema, es indispensable la consideración del más importante de todos los recursos: el capital humano, sin el cual la aplicación de justicia material no pasaría de ser una utopía.

Contrario a sus homónimos de la justicia “ordinaria”, el juez penal militar juzga únicamente a servidores públicos de especial condición -militares y policiales en servicio activo y en relación con el mismo-, que atraviesen las fronteras de la legalidad, ante quienes no se tiene ni se tendrá consideración especial, pues su responsabilidad con la sociedad es mayor al estar amparados en la autoridad que le otorga el portar las armas de la República, por ese motivo se debe ser inflexible en la aplicación de la normatividad, exigente para los militares, en bien de la legitimidad de quienes lucen el uniforme y velan por la integridad de los colombianos.

Pues bien, la misión del juez penal militar no se aparta de la de cualquier juez colombiano, pero encuentra su esencial diferencia enfocándose a los ciudadanos con uniforme: administrar pronta y cumplidamente justicia en policiales y militares, igualmente ciudadanos que cumplen la especial tarea de permitir que el resto de conciudadanos convivan en paz, para lo cual está dada la competencia que cobija a la jurisdicción castrense, pues frente a hombres que permanentemente se disponen a entregar su vida por la institucionalidad, erróneo sería considerar que el simple conocimiento del derecho sería suficiente para juzgarlos, he ahí la importancia de la necesidad que los juzgadores sean expertos de las artes militares, lo que les permite el conocimiento de causa para interpretar las disímiles y específicas circunstancias que enfrentan los uniformados.

Bien es cierto que todos los imputados tienen el derecho a contar con una defensa idónea que ante los estrados judiciales controvierta la posición del fiscal, del ente acusador, de ambas partes que despliegan sus mejores capacidades para convencer al juez, del tercero imparcial, de sus posiciones, del juez que tiene la gran responsabilidad de definir cuál de ellas es más valedera ante la norma.



Así mismo, es importante que los actuales operadores jurídicos futuros jueces de garantías y de conocimiento en el sistema a iniciar, conozcan puntualmente la nueva norma, de tal manera que sean absolutamente idóneos en el manejo de la misma, todo ello en garantía del cumplimiento de las funciones que el nuevo rol habrá de exigir, para lo cual, la Dirección Ejecutiva ha dispuesto continuas capacitaciones teóricas y prácticas, además de nuestra plena consciencia de la responsabilidad que todo lo anterior implica.

El tránsito hacia el nuevo sistema implica el abandono de la mentalidad ritualista y precisa del vigente, la relativa laxitud en los términos para tomar decisiones, la permisividad del sistema para postergar las actuaciones y decisiones, como estrategia de muchas defensas que acuden a los cortos términos que de alguna manera favorecen las prescripciones, etc., todas estas argucias aceptadas que hoy se verán proscritas ante el nuevo modelo a imponer.

Se pretende, como uno de los objetivos de la justicia especializada, la agilización de todas las actuaciones e imprimir como carácter fundamental la aplicación de pronta y adecuada justicia -con sabido derecho de los ciudadanos, también de los militares-, para superar la larga historia de re-

presamiento en los anaqueles de los despachos, que permitió el anterior sistema.

Muy pronto el Ejecutivo dispondrá para la Justicia Penal Militar, de un Cuerpo Técnico de Investigación, debidamente capacitado y entrenado para cubrir todas las necesidades investigativas que requiera la nueva estructura organizacional diseñada y dispuesta por la nueva ley penal castrense, cuerpo este indispensable para que el juez tenga el soporte probatorio necesario y suficiente para tomar las decisiones que en derecho correspondan, articulando de esa manera el buen funcionamiento de las instituciones responsables de tan vital tarea.

Como determinantes en el proceso, deben los jueces velar para que todas las actuaciones adelantadas por los fiscales, se sometan al respeto de las normas que para el efecto se han definido en la Ley 1407 de 2010, nuevo código penal militar, recientemente aprobado, sancionado y publicado.

No es poco el reto, pero existe la certeza que la unidad de capacidad y voluntad de todo el cuerpo de la Justicia Penal Militar, aunado a una clarísima visión del respeto y la colaboración por parte de todos los mandos militares y policiales, conducirá sin vacilaciones a la efectiva asimilación del nuevo sistema penal oral acusatorio en nuestra Fuerza Pública.

LEY 1407 DEL 17 DE AGOSTO DE 2010

“POR LA CUAL SE EXPIDE
EL CÓDIGO PENAL MILITAR”

Teniente Coronel ABOG

CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA

Oficial del Cuerpo de Justicia Militar. Ejército Nacional
Magistrado del Tribunal Superior Militar.
Sala Cuarta de Decisión

Mediante la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, insertada el Diario Oficial 47.804 se promulgó el Nuevo Código Penal Militar, normatividad que ubica la jurisdicción Penal Militar en las tendencias modernas del derecho penal general, especial y procesal, afirmación que anunciado desde la redacción de los proyectos de ley 144 de 2005 Cámara y 111 de 2006 Senado. En aquella oportunidad planteábamos, en artículo que nos fuera publicado¹, que el esquema de delito por el que propendía la nueva ley penal militar era neutral o abierto, en la medida en que no se matriculaba en una corriente dogmática especial, postura que en un nuevo y detenido examen que venimos haciendo desde aquel momento nos lleva a reconsiderar lo expuesto, para ahora sostener que estamos frente a un esquema de delito de vocación postfinalista -normativa (imputación objetiva - funcionalismo moderado), en donde el injusto y la culpabilidad dependen de los fines y funciones que cumple el derecho penal militar en un estado social de derecho.

Desde los años 60's Roxin postuló que el derecho penal se deriva del modelo de estado, por lo que hoy sin duda el nuevo código penal militar es consecuencia del diseño de una adecuada dogmática penal, expresión de política criminal que encuentra el nexo interpretativo y de aplicación en la correspondencia con el principio de dignidad (Art.6, 172), con el marco de los derechos fundamentales, derechos humanos y derecho internacional humanitario. Es imperativo expresar que la nueva legislación penal militar no constituye por si misma el marco obligado y exclusivo de referencia del derecho penal militar, sino que debe afirmarse que en su estudio, entendimiento y aplicación el nuevo código penal militar responde un marco político, jurídico y epistemológico; solo de la claridad que se tenga de estos tres conceptos se obtendrá su convergencia, lo que conlleva a que la jurisdicción penal militar Colombiana esté a la vanguardia, como lo está en Latinoamérica.

Así, el desarrollo y evolución del derecho penal militar encuentra su punto de concordancia en el vínculo que generan los principios rectores, la expresión de la política criminal, pensamiento y en-



“Así, el desarrollo y evolución del derecho penal militar encuentra su punto de concordancia en el vínculo que generan los principios rectores, la expresión de la política criminal, pensamiento y entendimiento del derecho penal militar que hoy tiene como límite interpretativo la constitución política y el bloque de constitucionalidad”.

tendimiento del derecho penal militar que hoy tiene como límite interpretativo la constitución política y el bloque de constitucionalidad.

La sistemática propuesta y sobre la cual se ha de estudiar el nuevo derecho penal militar nos permite referir, por solo citar un aspecto, lo que emana del nuevo artículo 15 de la Ley 1407 de 2010 el cual dispone toda una nueva arquitectura en la teoría del tipo, modificando sustancialmente la forma de valorar el injusto, así, al encontrar dispuesta la subjetivización del injusto personal y la normativización de la culpabilidad, se ha de afirmar que el solo nexo causal visto desde la perspectiva naturalística, ya no explica el delito, sino que hay que acudir y verificar el vínculo normativo. Por ello, se ha de estudiar, anunciar y demostrar a lo largo

¹ Artículo publicado en la Revista de justicia penal militar Edición numero 6 - septiembre de 2005. Pág. 22

del nuevo procedimiento que en la ejecución de la conducta están verificados los contenidos del tipo objetivo- tipo subjetivo, el desvalor de acción y de resultado, así como los elementos y categorías como dolo (en su doble posición elemento del tipo y culpabilidad), culpa o preterintención, categorías que ya no se estudian a partir de bases ontológicas sino normativas. En cuanto hace a la culpabilidad, se ha de señalar que en su conformación se estudiará imputabilidad - inimputabilidad, conciencia de antijuridicidad y exigibilidad de conducta esperada.

El nuevo estatuto evoluciona al precisar de forma técnica y ajustada a los postulados del derecho penal de acto las formas de autoría (autoría inmediata, autoría mediata y coautoría) y participación (determinador, cómplice e interviniente) a partir de la teoría del dominio de hecho como lo sugieren los artículos 30 y 31 *ibídem*. Igual situación acontece con el tratamiento del error de tipo y de prohibición, las causales de ausencia de responsabilidad y el delito imprudente en el que se destaca la infracción al deber objetivo de cuidado como lo dispone el artículo 25 *ibídem*.

Una nueva forma de pensar el derecho penal militar exige precisar que tras reevaluarse el criterio neo Kantiano de las ciencias naturales y sociales, entramos en el sendero de la ciencia de los valores, expuesta por el profesor Mezger, y que hoy debe considerar el nuevo funcionario de la jurisdicción especial destacando en ello el papel protagónico que jugará el Juez Penal Militar de Control de Garantías.

No podemos dejar de lado que con la Ley 522 de 1999 del raigambre y rezagado causalismo, no resolvía en rigor dogmático el tema de los delitos de comisión por omisión, los que hoy con una redacción mucho más técnica y ajustada al modelo propuesto encuentran el punto de solución en el artículo 27. De otra parte el Legislador de 1999 consideraba que la pena era la consecuencia o el



“El nuevo estatuto evoluciona al precisar de forma técnica y ajustada a los postulados del derecho penal de acto las formas de autoría (autoría inmediata, autoría mediata y coautoría) y participación (determinador, cómplice e interviniente) a partir de la teoría del dominio de hecho como lo sugieren los artículos 30 y 31 *ibídem*”.

punto de llegada del derecho penal militar, hoy con esta nueva Legislación no puede desatenderse que la pena es el punto de partida, por ello se le rodea de garantías al ubicarla como principio rector y columna vertebral del nuevo modelo de imputación, determinar los fines de prevención general y especial y criterios para imponerla (sistema de cuartos), postulados de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, verdadera expresión del principio de legalidad de la pena.

El articulado que regula lo atinente al ámbito de aplicación de la norma, destinatarios y Fuero Penal Militar² consultan la evolución y desarrollo de tal instituto desde la perspectiva jurisprudencial y doctrinal nacional e internacional, esto es, consultan lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencias C358 de 1997, C878 de 2000, C533 de 2008 y C 469 de 2009. El fuero penal militar se

² Artículos 1, 2 y 3 de la Ley 1407 de 2010

hace extensible, atendiendo fenómenos de extraterritorialidad de la Ley penal, para conductas realizadas dentro o fuera del territorio nacional, tal como lo consagró el artículo 2 al establecer que la conducta debe derivarse directa o próximamente de la función militar o policial, que la Constitución, la Ley y los Reglamentos les ha asignado, con lo que se supera el obtuso entendimiento de lo que implicaba la jurisdicción excepcional y restringida, estimando que el fuero militar se circunscribe solo a actividades de protección de soberanía, independencia, integridad del territorio nacional, derecho y libertades; olvidando que tal garantía y derecho, como lo señaló la Corte Constitucional desde la Sentencia C 358 de 1997, se concibe y se hace aplicable en la multiplicidad de tareas que realiza el miembro de la fuerza pública para alcanzar los cometidos constitucionales, v.gr actividades de instrucción y entrenamiento, de servicio de guarnición, de régimen interno, administrativas y operacionales, por solo citar algunas hipótesis. En cuanto hace a entidades delictivas, que

bajo ninguna circunstancia son de conocimiento de la jurisdicción penal militar, el Legislador de 2010 dispone el artículo 3º que no obstante lo dispuesto en el artículo segundo, “en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”.

Es oportuno señalar que no son los esquemas procesales lo que determina o identifica la especialidad de esta jurisdicción, como algunos equivocadamente lo conciben y pregonan de soslayo, su verdadero contenido está en la naturaleza y especialidad del Juez (Juez penal militar), en los destinatarios (miembros de la fuerza pública), en

el ámbito de aplicación de la norma y la forma como se accede a ella (factor subjetivo personal y objetivo funcional del fuero). No puede olvidarse que la jurisdicción penal militar no es un compartimiento aislado en la estructura del Estado, sino que conforme al artículo 116 constitucional, forma parte del sistema de administración de justicia.

En consecuencia, el libro tercero de la Ley 1407 de 2010 debe entenderse como expresión de la política criminal dispuesta desde la Carta, en concreto con el acto legislativo 03 de 2002 y desarrollo de lo consignado en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por lo que en Colombia se busca con esta nueva tendencia acusatoria dispuesta en la Ley 1407 de 2010, de línea Continental Europea, resolver en la dimensión de

lo que implica la administración de justicia en su expresión general y no restringida, entre otros factores los temas de eficacia, pronta y cumplida justicia, superar las dificultades que hoy se suscitan con los efectos procesales y probatorios que se derivan de las colisiones de competencia entre jurisdicciones, mantener actualizado a nuestro funcionario al estar necesariamente imbuido en la línea de pensamiento del derecho penal sustantivo y adjetivo moderno, y por encima de todo garantizar al procesado sus derechos y garantías que se decantan desde la carta constitucional.

La reafirmación de la libertad es uno de los postulados más significativos de esta nueva normatividad, tal y como lo disponen los artículos 173 y 453, así, el nuevo código penal militar se consti-

tuye en límites que se expresan en garantías y no en mandatos o prohibiciones, lo que demandará superar el imaginario social, especialmente en nuestro medio, respecto a que con la captura y privación de libertad en la etapa de investigación se hizo justicia; estos nuevos cánones demandan que la restricción de la libertad sea la excepción ya que solo procederá cuando se acrediten los requisitos dispuestos en el artículo 466 ejusdem.

Al adentrarnos en los cauces del derecho penal premial existe la posibilidad de obtener una rebaja de pena hasta del cincuenta por ciento de la pena imponible si se aceptan los cargos formulados por la fiscalía penal militar en la audiencia de imputación, tal y como lo disponen los artículos 446 y 493; de igual manera, se concibe la realización de preacuerdos y negociaciones. No dejó de lado el Legislador penal militar el disponer un tratamiento específico que merece la víctima, lo que se hace evidente en su vocación de interviniente especial como lo dispuso la Sentencia C 209 de 2007 al prever que goza de todos los derechos que tienen las partes en las diferentes etapas del esquema procesal (dispuesto en la Ley 1407 de 2010), salvo la intervención directa en el juicio de corte marcial donde no puede interrogar a testigos o controvertir pruebas; se torna en imperativo que el Juez de Penal Militar de conocimiento, agotado el debate y anunciado el fallo, de paso y cabida al incidente de reparación integral y los mecanismos de justicia restaurativa.

El nuevo estatuto demanda especial preparación, compromiso y constante estudio de nuestro funcionario Fiscal, Juez Penal Militar de Control de Garantías, Juez de Conocimiento o Juez Penal Militar de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, lo propio acontece con quienes cumplirán las funciones adecuadas del Cuerpo Técnico de Investigación y exclusivas para el ámbito de competencia de la Justicia Penal Militar. La dinámica y alta técnica se hace evidente en el juicio de corte marcial identificado por la oralidad,

“El nuevo estatuto demanda especial preparación, compromiso y constante estudio de nuestro funcionario Fiscal, Juez Penal Militar de Control de Garantías, Juez de Conocimiento o Juez Penal Militar de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, lo propio acontece con quienes cumplirán las funciones adecuadas del Cuerpo Técnico de Investigación y exclusivas para el ámbito de competencia de la Justicia Penal Militar”.

publicidad, concentración y contradicción, es un avance que permitirá alcanzar los postulados que inspiran un sistema eficaz de administración de justicia en un estado moderno y democrático. No asalta el juicio afirmar que al no manejar nuestra jurisdicción el volumen y magnitud de carga laboral de la justicia ordinaria, ello permitirá que el sistema funcione de forma efectiva, pero siempre y cuando se cuente con los medios y recursos, salas de audiencia, bodegas de evidencia, tecnología necesaria etc.; a más de la voluntad, disposición, compromiso, estudio y preparación del nuevo funcionario de justicia penal militar, en estos aspectos se verificará el éxito de la nueva ley, pero por encima de todo la eficacia de la normatividad dependerá del cambio de mentalidad y de cultura, en cuanto hace a las nuevas formas de administrar justicia, no solo del operador jurídico, sino de todos y cada uno los miembros de la de la Fuerza Pública y de la sociedad en general.



CAMPAÑA DE PREVENCIÓN DEL DELITO AL INTERIOR DE LA FUERZA PÚBLICA

Por primera vez la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, con una propuesta diferente y en trabajo coordinado con las Inspecciones de las Fuerzas Militares y de Policía lanzará una campaña de Prevención del Delito al interior de la Fuerza Pública.

La campaña esta fundamentada en el análisis de la fluctuación del delito en los últimos cinco años, con ella se busca informar y sensibilizar a los uniformados sobre la definición de los delitos y las consecuencias de estas conductas. La campaña consta de piezas gráficas y audiovisuales, como afiches, un plegable y un video testimonial.

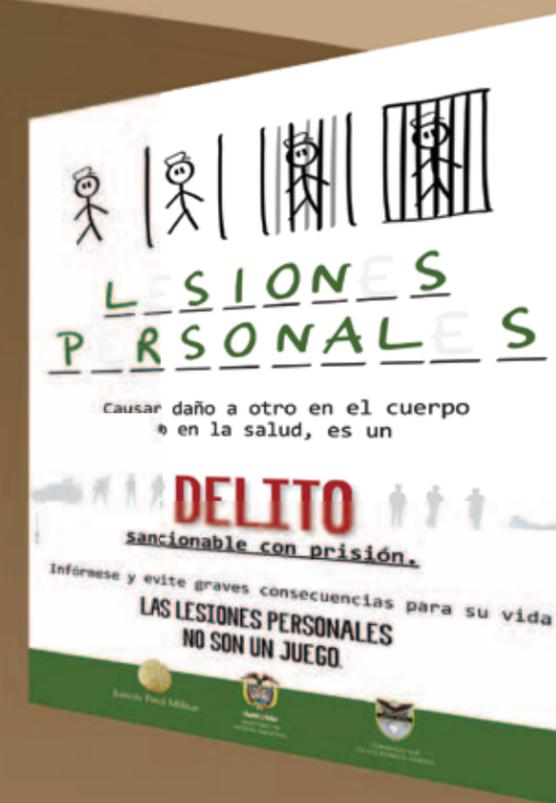
Esta actividad que contó con la cooperación del Comando Sur de los Estados Unidos, está prevista dentro del Plan de Acción de la Justicia Penal Militar del 2011 y se ejecutará en el primer trimestre de este año.

Estas son las piezas de la Campaña de Prevención del Delito que estarán presentes en todas las unidades militares y de policía del país.

4 afiches

1 plegable

1 video testimonial





Cobertura

Presentes desde el Amazonas,
hasta el Cabo de la Vela.

Especialidad

Expertos en actos relacionados
con el servicio.



Justicia Penal Militar

"Avanzar con Justicia, Autonomía e Independencia, es nuestra meta"

www.justiciamilitar.gov.co



Agilidad

Estamos implementando
el Sistema Penal Oral Acusatorio.

Fortaleza

Nuevo Código Penal Militar
Ley 1407 de 2010.



República de Colombia
Ministerio de Defensa Nacional

Libertad y Orden