

JUSTICIA PENAL MILITAR

COLOMBIA

Publicación anual especializada en Justicia Penal Militar
Ministerio de Defensa Nacional



Edición No. 12
Diciembre 2012
ISSN 1909 - 4906



El uso de la fuerza
por los Estados

Página ▶ **8**

La priorización: un nuevo
modelo de gestión de la
investigación penal

Página ▶ **32**

El plazo razonable como
garantía procesal

Página ▶ **45**

Índice



EDITORIAL

Doctor Juan Carlos Pinzón Bueno, Ministro de Defensa Nacional 2



OPERACIONES CONJUNTAS: CAMINO DEL ÉXITO MILITAR

General Alejandro Navas Ramos, Comandante General de las Fuerzas Militares . . 4



EL USO DE LA FUERZA POR LOS ESTADOS

General José Roberto León Riaño, Director General de la Policía Nacional 8



A RAÍZ DE LOS CAMBIOS CASACIONALES EN EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO

Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote, ex Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y profesor de Derecho Penal de la Universidad del Rosario 18



LA PRIORIZACIÓN: UN NUEVO MODELO DE GESTIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

Doctor Alejandro Ramelli Arteaga, Jefe de la Unidad Nacional de Análisis y Contextos, (UNAC) Fiscalía General de la Nación 32



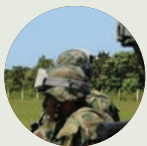
INQUIETUDES SOBRE EL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ

Mayor General (r) Juan Salcedo Lora, ex presidente de Acore y del Cuerpo de Generales y Almirantes, y presidente de ASOCACI (exalumnos de los cursos CAEM y CIDENAL de la Escuela Superior de Guerra). 36



EL PLAZO RAZONABLE COMO GARANTÍA PROCESAL

Mayor Heidy Johana Zuleta Gómez, Juez Tercera de Brigada 45



APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LA LEGISLACIÓN PENAL INTERNA

Capitán Albert Enrique Correa Viveros, Juez 75 de Instrucción Penal Militar . . . 52

EDITORIAL

Doctor Juan Carlos Pinzón Bueno, Ministro de Defensa Nacional

El paquete de reformas que aspiramos tramitar en la actual legislatura marca un punto de inflexión para la Justicia Penal Militar colombiana y, por esa vía, para los hombres y mujeres de la Fuerza Pública que abogan por seguridad jurídica y reglas claras para el éxito de su elevada misión.

En la última edición de esta revista destacábamos la integración de una comisión de expertos encargada de construir un proyecto de acto legislativo, esencial para alcanzar esos objetivos. Hoy dicha iniciativa avanza firme, camino a su aprobación, con los mismos principios que inspiraron su presentación.

El Tribunal de Garantías Penales, la primera gran delimitación de competencias entre esas jurisdicciones, la comisión mixta de coordinación técnica entre la Justicia Penal Militar y la Justicia Ordinaria, las facultades al Presidente de la República para poner en marcha el fondo de defensa técnica especializada y los centros especiales de reclusión constituyen, entre otros, los logros de una reforma emblemática.

Este propósito del Gobierno que el Congreso de la República ha apoyado con entusiasmo y convicción, se acompaña de otros instrumentos normativos, fundamentales para consolidar esas conquistas.

Por una parte, el proyecto de ley estatutaria que desarrollará, conforme al acto legislativo, las reglas para la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del Derecho Internacional Humanitario; la organización y funcionamiento del Tribunal y la Comisión, y el desarrollo de las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar.

Dicha norma, que deberá superar el debate parlamentario y el control previo de la Corte Constitucio-

nal funge –junto al Acto Legislativo– como el marco legal unívoco para superar, de una vez por todas, los vaivenes normativos y jurisprudenciales que han alimentado esa sensación de inseguridad jurídica en nuestros soldados y policías. De superar esas instancias la provisión de justicia, como fin elemental de nuestro Estado de Derecho, tendrá en esta ley una formidable herramienta.

En paralelo, avanzará un proyecto de ley ordinaria encaminado a reestructurar la jurisdicción castrense, implementar su Fiscalía General Penal Militar, organizar su cuerpo técnico de investigación y adoptar previsiones para el tránsito al Sistema Penal Oral Acusatorio.

Esta trascendental propuesta, consecuente con los requerimientos de una Justicia Penal Militar moderna, preparada y autónoma, cuenta con todo nuestro respaldo institucional. Sin embargo, sabemos que su aprobación será insuficiente si no se asumen otros compromisos, necesarios para que el anhelo trascienda las intenciones del inciso.

Por todo ello, como lo expresé con ocasión del 12 Aniversario de la Justicia Penal Militar, grandes son las tareas a acometer. La impulsión de estas iniciativas legislativas debe acompañarse de formación jurídica permanente, conocimiento de la realidad operacional, tecnificación, capacidad operativa y, sobre todo, ejecuciones que reviertan en credibilidad y acallen, de una vez por todas, el discurso de los desafectos.

De ahí, la decisión del ministerio, en acuerdo con los altos mandos militares y policiales, de trasladar a la Justicia Penal Militar un presupuesto acorde con el tamaño de semejante desafío, equivalente a los



25.605 millones de recursos extraordinarios. Esta cifra, inédita en la historia de esa jurisdicción, deberá apoyar decididamente la consecución de esos fines.

Entretanto, las acciones del último año enfocadas a la capacitación, modernización tecnológica, seguimiento y control a la gestión judicial, administración de archivos y conservación de la memoria histórica son meritorias y apuntan en la dirección correcta.

El Plan de Impulso, como mecanismo de colaboración armónica entre la Justicia Penal Militar y la Fiscalía General de la Nación, cobra especial relevancia en esta coyuntura. La aprobación de las reformas en curso demanda poner a punto esta jurisdicción especial, para que responda a los retos que conllevan

la delimitación de competencias entre esta y la jurisdicción ordinaria, y la armonización normativa que tales disposiciones comprenden.

No debe perderse de vista que esta iniciativa del Gobierno Nacional, que ha tenido el apoyo decidido de la sociedad colombiana y por vía de representación política del Congreso de la República, ampara a 440 mil militares y policías quienes esperan una justicia acorde con los retos que su misión les impone, sin lugar a impunidad o retrocesos en el marco insoslayable de los Derechos Humanos.

Contamos con la férrea disposición de los magistrados, jueces, fiscales y demás funcionarios de la Justicia Penal Militar, para recoger los frutos de esta apuesta ganadora. ■

Operaciones Conjuntas: Camino del Éxito Militar

General Alejandro Navas Ramos, Comandante General de las Fuerzas Militares



Colombia ha llevado a cuestras, en los últimos cincuenta años, un conflicto armado que, por su origen, sus pretensiones y su desarrollo, no ha tenido la más mínima razón de ser. Ese conflicto nació con la aspiración del comunismo internacional, representado en el país por diversas guerrillas marxistas, marxistas-leninistas o seguidoras de corrientes comunistas foráneas, de sustituir la democracia colombiana por un régimen de sello comunista de cualquiera de las distintas tendencias que aparecieron en el panorama político-ideológico del país. Esas guerrillas surgieron a la vida nacional impulsadas por sistemas de confrontación de tipo revolucionario que para la época se presentaron en varios países de Latinoamérica, siendo su foco Cuba, en donde este tipo de insurrección había logrado su cometido de hacerse a las riendas del poder político e implantar el sistema comunista y, luego, buscar exportarlo al resto de países de la región.

Este proceso subversivo llegó a Colombia debido a que el Partido Comunista Colombiano de la época apoyó y le dio curso a la iniciativa foránea. Ahí empezaron (en 1962) los cincuenta años de confrontación fratricida que llevamos hasta hoy. Durante esas cinco décadas, el conflicto interno ha tenido muchas evoluciones y/o transformaciones en su desarrollo. Algunas de esas transmutaciones, de carácter político, se debieron a la desmovilización acordada con el gobierno de turno, de varias de las organizaciones armadas ilegales como el Movimiento 19 de Abril (M-19), el Ejército Popular de Liberación, el Quintín Lame, el Partido Revolucionario de los Trabajadores, y otras menos trascendentes. Otras han subsistido, a lo largo del tiempo, como las autolla-

madras Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc), y el Ejército de Liberación Nacional (ELN).

Si alguna vez estas dos organizaciones alcanzaron a tener ideales políticos o ideológicos para acometer un proceso revolucionario, muy pronto lo perdieron. Los cambiaron por intereses mezquinos de tipo económico como el narcotráfico, el secuestro, la extorsión y otros delitos por el estilo; en los últimos tiempos han incursionado en la minería ilegal. En esa tónica delictiva se han mantenido siempre. Pasaron a ser, entonces, lo que son hoy en día: unas organizaciones delincuenciales que se apoyan en la criminalidad, la violencia, la intimidación y el terrorismo para llenar sus arcas, buscando, perspicazmente, no perder la condición de lucha política con que supuestamente nacieron a la vida nacional, con el fin de contar con el apoyo del comunismo internacional.

Adicionalmente, sosteniendo esta falsedad, entrarían a hacer parte de un régimen socialista si este se llega a dar en Colombia por cualquier vía. Esas guerrillas siempre han pretendido vender la idea, y todavía lo hacen, de que conforman una fuerza que lucha por la justicia social de los colombianos, prerrogativa o derecho que, según ellos, no existe en el país.

En el transcurso del enfrentamiento que las organizaciones de tendencia comunista al margen de la ley le plantearon al Estado se han venido presentando varios cambios en los procesos de agresión a la Nación. Inicialmente, las guerrillas, al no tener sus objetivos justificación alguna, se dedicaron a hacerse sentir em-

pleando la violencia en todas sus formas, convirtiendo a la población en sus víctimas directas en las áreas escogidas por ellos como sus centros de acciones delictivas o como refugio contra la acción de las fuerzas regulares del Estado.

Luego acogieron el terrorismo como medio de disuasión para imponer su capacidad agresora; encaminaron sus esfuerzos a destruir oleoductos y torres de energía, quemar buses, atacar con cilindros bombas poblaciones urbanas. Posteriormente, sin abandonar la violencia ni el terrorismo, las Farc y el ELN incurrieron en el narcotráfico, haciendo de esta actividad ilícita la razón principal de su accionar criminal. Esto los llevó a cambiar sus formas y sistemas delictivos.

Ante los desarrollos de las organizaciones al margen de la ley, los organismos de seguridad del Estado también tuvieron que evolucionar táctica y estratégicamente. Cuando empezó la confrontación de naturaleza sediciosa, las Fuerzas Militares tenían su énfasis operacional en la guerra regular. Para enfrentar los retos de las organizaciones delincuenciales, el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea cambiaron los procesos de formación en las escuelas militares y de capacitación en los cursos y las escuelas de especialización, entrenamiento y reentrenamiento, pasando de las doctrinas de la guerra regular a la enseñanza de los procedimientos y las normas que impone la guerra irregular, la cual se venía extendiendo por todo el territorio nacional. Con estos cambios en la doctrina operacional se buscó contrarrestar, con las mayores posibilidades de éxito, las acciones criminales que venían alterando notoriamente el orden público nacional y la estabilidad política y social del país.

A pesar de que la evolución de las doctrinas y los sistemas operacionales de las Fuerzas Militares ha sido constante, dando lugar al empleo de nuevas estrategias y tácticas que se han venido aplicando a lo largo del conflicto, es procedente, en este artículo, hacer mención de los éxitos obtenidos por las unidades militares en el marco de la Política de Seguridad Democrática, éxitos que en algunos casos se debieron al empleo de operaciones conjuntas.



Los golpes infligidos a las organizaciones narcotraficantes a partir de 2003 han sido contundentes, con resultados que muestran bajas y capturas de importantes cabecillas y mandos medios, tanto de las Farc como del ELN, así como de grupos dedicados al narcotráfico. Igualmente, los éxitos militares –algunos de ellos logrados en coordinación con la Policía Nacional– registran una reducción considerable en los efectivos de las agrupaciones ilícitas y, por ende, en los índices de asesinatos, secuestros, extorsiones, ataques a poblaciones y a la infraestructura económica del país. También, la acción de la Fuerza Pública ha contribuido a disminuir considerablemente el número de hectáreas dedicadas a la siembra de coca y amapola.



“Una de las estrategias más significativas y más trascendentes que han llevado a cabo las Fuerzas Militares en los últimos años, con resultados relevantes, es la relacionada con las llamadas Operaciones Conjuntas u Operaciones Conjuntas e Interagenciales”.

De ahí que se pueda afirmar que una de las estrategias más significativas y más trascendentes que han llevado a cabo las Fuerzas Militares en los últimos años, con resultados relevantes, es la relacionada con las llamadas Operaciones Conjuntas u Operaciones Conjuntas e Interagenciales.

Estas Operaciones Conjuntas son definidas¹ como *“aquellas operaciones planificadas, sincronizadas y ejecutadas por organizaciones militares conjuntas, con componentes de dos o más fuerzas, bajo la responsabilidad de un comandante, que se integran para cumplir una misión, con el fin de llevar a cabo un esfuerzo único y concentrado. Las operaciones conjuntas se pueden presentar en forma combinada y coordinada. Pertenecen a las operaciones conjuntas, las Operaciones Especiales”*.

En un balance de fuerzas y de potenciales dentro del conflicto interno colombiano, con este tipo de operaciones conjuntas, se demuestra clara y contundentemente la superioridad de las fuerzas del Estado sobre las organizaciones que lo agreden.

Un clásico ejemplo de lo anterior es la Campaña “Espada de Honor”, que ha venido dando excelentes resultados en cuanto hace referencia a combatir las organizaciones narcoterroristas con el empleo directo de las operaciones conjuntas, poniendo en práctica, además, las coordinaciones con las fuerzas de Policía. Sin lugar a dudas, las operaciones y acciones realizadas dentro de esta Campaña han sido muy eficaces.

Las operaciones conjuntas, que tienen en sí unos fines y objetivos específicos y determinados, se rigen por los siguientes principios²: unidad de esfuerzo, sincronización, sinergia y flexibilidad. En la práctica, estos aspectos conducen a un trabajo en equipo entre las fuerzas terrestres, navales y aéreas, trabajo que indica una sólida integración y coordinación en cuanto a: 1) una lógica concepción de las operaciones; 2) una amplia evaluación de los procesos de desarrollo de la inteligencia; 3) una

fase de planeamiento muy detallada; y, 4) una etapa de la ejecución muy articulada y muy certera. Estos aspectos, a su vez, son los resultantes de un riguroso entrenamiento que incluye ensayos y empleo correcto y preciso de las comunicaciones y de la tecnología de cada una de las fuerzas que intervienen en la respectiva operación.

Las operaciones conjuntas tienen su propia naturaleza. Están dirigidas a objetivos militares de alto valor estratégico y su ejecución es muy arriesgada. Demandan un entrenamiento y una preparación y capacitación de alto nivel de competencia y experiencia por parte de todos los que participan en ellas. Además, exigen unas estrictas medidas de seguridad y el cumplimiento a cabalidad de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

En síntesis, el empleo de las operaciones conjuntas ha sido uno de los mayores baluartes en la defensa de la soberanía, en la protección de la Nación como un todo y en la garantía de la seguridad de las sociedades en todo el territorio patrio. La compenetración de las Fuerzas Militares, con la cooperación de la Policía Nacional en algunas operaciones, ha consolidado el poder del Estado contra sus amenazas armadas. ■



“La compenetración de las Fuerzas Militares, con la cooperación de la Policía Nacional en algunas operaciones, ha consolidado el poder del Estado contra sus amenazas armadas”.

¹ Reglamento de Operaciones Especiales Conjuntas, FF. MM. 3-4 Reservado, Primera Edición 2010.

² Ibídem.

El uso de la fuerza por los Estados¹

General José Roberto León Riaño, Director General de la Policía Nacional



En el derecho internacional consuetudinario como en tratados internacionales se encuentra la regulación del uso de la fuerza por parte de los Estados. El artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas afirma que:

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

Aunque en ocasiones se ha interpretado que esta norma sólo prohíbe el uso de la fuerza dirigido contra la integridad territorial o la independencia política de los Estados, la opinión más extendida es que estas expresiones sólo pretenden intensificar el sentido de la disposición, y que el artículo implica una prohibición absoluta que tiene como únicas excepciones las previstas en la propia Carta de las Naciones Unidas: la legítima defensa y el sistema de seguridad colectiva atribuido al Consejo de Seguridad en el Capítulo VII.

Esta interpretación es más acorde con el contexto histórico en el que se redactó la Carta. Su Preámbulo señala expresamente que uno de los principales objetivos de la Organización de las Naciones Unidas es *“preservar a las generaciones venideras del flagelo de la*

guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”.

Se considera en la actualidad que el principio de la prohibición del uso o amenaza de la fuerza forma parte del derecho internacional consuetudinario, y tiene como únicas excepciones los dos supuestos autorizados por la Carta de las Naciones Unidas. En primer lugar, el Consejo de Seguridad, de acuerdo con los artículos 24 y 25 y el Capítulo VII de la Carta, pueden autorizar acciones colectivas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

En segundo lugar, el artículo 51 reconoce el derecho de legítima defensa al afirmar que *“Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas”.* Algunos Estados defienden la legitimidad de la intervención humanitaria, la toma de represalias y la protección de los nacionales que se encuentren en el extranjero: se trata de cuestiones polémicas.

En el derecho internacional clásico y desde concepciones iusnaturalistas se desarrollaron límites materiales al empleo de la fuerza en torno a dos conceptos: el *ius ad bellum* o derecho a la guerra, por un lado, y el *ius in bello*, que era el conjunto de normas que regían las hostilidades, por otro. En relación con el primero de los aspectos es fundamental la doctrina de la guerra justa, con raíces en la cultura occidental cristiana y sistematizada por Tomás de Aquino en su *Summa Theologiae*.

¹ Rodríguez Carrión, Alejandro J. (2002). Lecciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos. ISBN 84-309-3888-5. Robert Kolb, Origen de la pareja terminológica *ius ad bellum* / *ius in bello*. La guerra como situación de hecho. Inicialmente publicado el 30 de septiembre de 1997 en la Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 143, pp. 589 a 598.

El teólogo medieval afirmó que los requisitos de la guerra justa eran que fuera declarada por el legítimo soberano (*auctoritas principis*), que se usaran medios proporcionados y prudentes (*recta intentio*) y que concurriera una *causa iusta*. La teoría de la guerra justa ha sido defendida y desarrollada, en diversos contextos históricos, por la Escuela de Salamanca, Hugo Grocio, Immanuel Kant, Hans Kelsen, John Rawls o Michael Walzer, entre otros.

El nuevo marco jurídico, político e institucional implica que es absolutamente distinto analizar las cuestiones de la defensa en el mundo actual y en el siglo XIX, por una sencilla razón. Como hemos dicho, en el siglo XIX la guerra no estaba prohibida y la agresión no era ilícita; consecuentemente, los Estados tenían que protegerse única y exclusivamente a través de su capacidad disuasiva y, consecuentemente, las llamadas carreras de armamentos podían considerarse un efecto lógico e incluso necesario, ya que la correlación de fuerzas era finalmente lo que permitía asegurar la paz.

Por el contrario, en el mundo actual la agresión y la guerra están prohibidas, y el Capítulo VII de la Carta establece medidas de acción colectiva para restablecer la paz allí donde se haya alterado. Esto da un marco jurídico totalmente distinto para la percepción de la seguridad de los Estados y de sus estrategias nacionales de defensa.

Las excepciones existentes al principio general de prohibición del uso de la fuerza deben interpretarse, como excepciones que son, de manera restrictiva. Debe tenerse además en cuenta que el fin último de todo sistema que colectivice el uso de la coerción y reduzca las posibilidades de autotutela es evitar que siempre prevalezcan los intereses de aquellos que están en mejores condiciones de emplear la fuerza. De aquí se deriva que deben evitarse interpretaciones de las normas que regulan el uso de la fuerza que socaven el principio de igualdad jurídica de los Estados.

De conformidad con lo anterior, descrito se resumen las relaciones establecidas por el derecho internacional pú-

Fotografía extraída de: <http://lavozint.blogspot.com/2012/11/claves-de-la-peticion-palestina-ante-la.html#/2012/11/claves-de-la-peticion-palestina-ante-la.html>



blico entre los Estados, pero es necesario aterrizar las responsabilidades que tienen los Estados al incorporar este derecho público al derecho interno traducido en la adopción de modelos de Estado en conjunto con la Constitución y el Bloque Constitucional que incorpora a su vez los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Facultades y límites constitucionales al uso de la fuerza policial²

En un Estado social de derecho la legitimidad de todas las instituciones, incluida por supuesto la fuerza pública, está fundada en dos elementos esenciales: el respeto, garantía y protección de los derechos fundamentales y la observancia del principio de legalidad.

Estos dos fundamentos aparecen cristalizados en el artículo 2º de la Constitución, el cual señala los fines esenciales del Estado y menciona entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. La misma disposición más adelante consigna que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

Ahora bien, los derechos y libertades que corresponde respetar, garantizar y proteger a las autoridades públicas aparecen cristalizados no solo en la Constitución sino también en la ley, principal expresión del principio democrático, pues es el producto del órgano representativo por excelencia: el Congreso de la República. Es la ley la que delimita el alcance de los principios y derechos constitucionales, a los cuales deben sujetar estrictamente su actuación las autoridades administrativas.

De conformidad con la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos, así como los denominados “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios en-

cargados de hacer cumplir la ley”, adoptados en el curso del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento en 1990, el uso de la fuerza debe ser necesario, proporcional y adecuado a las circunstancias del caso concreto.

Así las cosas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas, salvo en defensa propia o de otros, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y solo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos.

La Carta de las Naciones Unidas establece la obligación de todo Estado de abstenerse de recurrir a la fuerza, concordante con ello, los artículos 216 a 218 y 223 de la Constitución Política, confieren al Estado colombiano el monopolio del uso de la fuerza para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. Así las cosas, el legislador ha reglamentado esa potestad para el caso de los funcionarios de Policía en el Código Nacional de Policía, Decreto 1355 de 1970, especialmente en el Título I, Capítulo IV, artículos 29 al 33, que se refieren al empleo de la fuerza y otros medios coercitivos aplicables en casos excepcionales.

“...Solo cuando sea estrictamente necesario, la policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo”.

El uso de la fuerza y la fuerza en el Estado³

En estricto sentido, y más allá de su mero significado literal, la fuerza es el conjunto de instrumentos y procedimientos de que se vale el derecho para obligar al

² Doctor Humberto Sierra Porto, Magistrado Corte Constitucional, pnc-7[1] uso de la fuerza. Documento pdf.

³ www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/.../TESIS75.pdf...Compartir. Monografía de grado presentada por Rafael Nieto Loaiza y Teófilo Pineda Estrada. Pontificia Universidad Javeriana, facultad de ciencias jurídicas. Febrero de 2003. “Tratamiento de la actividad policial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”.



“Es así que en nuestra alma mater el legado que encierra su lema ‘La Fuerza al servicio del Derecho’ sintetiza lo expresado y resalta el gran significado de la fuerza policial, teniendo en cuenta que la fuerza sin el derecho simboliza la barbarie y el derecho sin la fuerza la impunidad”.

cumplimiento de la ley. La fuerza es el medio a través del cual el derecho, primero, invita y presiona a la persona obligada para que cumpla lo que debe, es decir lo que ordena la norma, después, sanciona al responsable de la violación de la ley, y finalmente, asegura el resarcimiento del daño causado.

Es así que en nuestra alma mater el legado que encierra su lema “La Fuerza al servicio del Derecho” sintetiza lo expresado y resalta el gran significado de la fuerza policial, teniendo en cuenta que la fuerza sin el derecho simboliza la barbarie y el derecho sin la fuerza la impunidad.

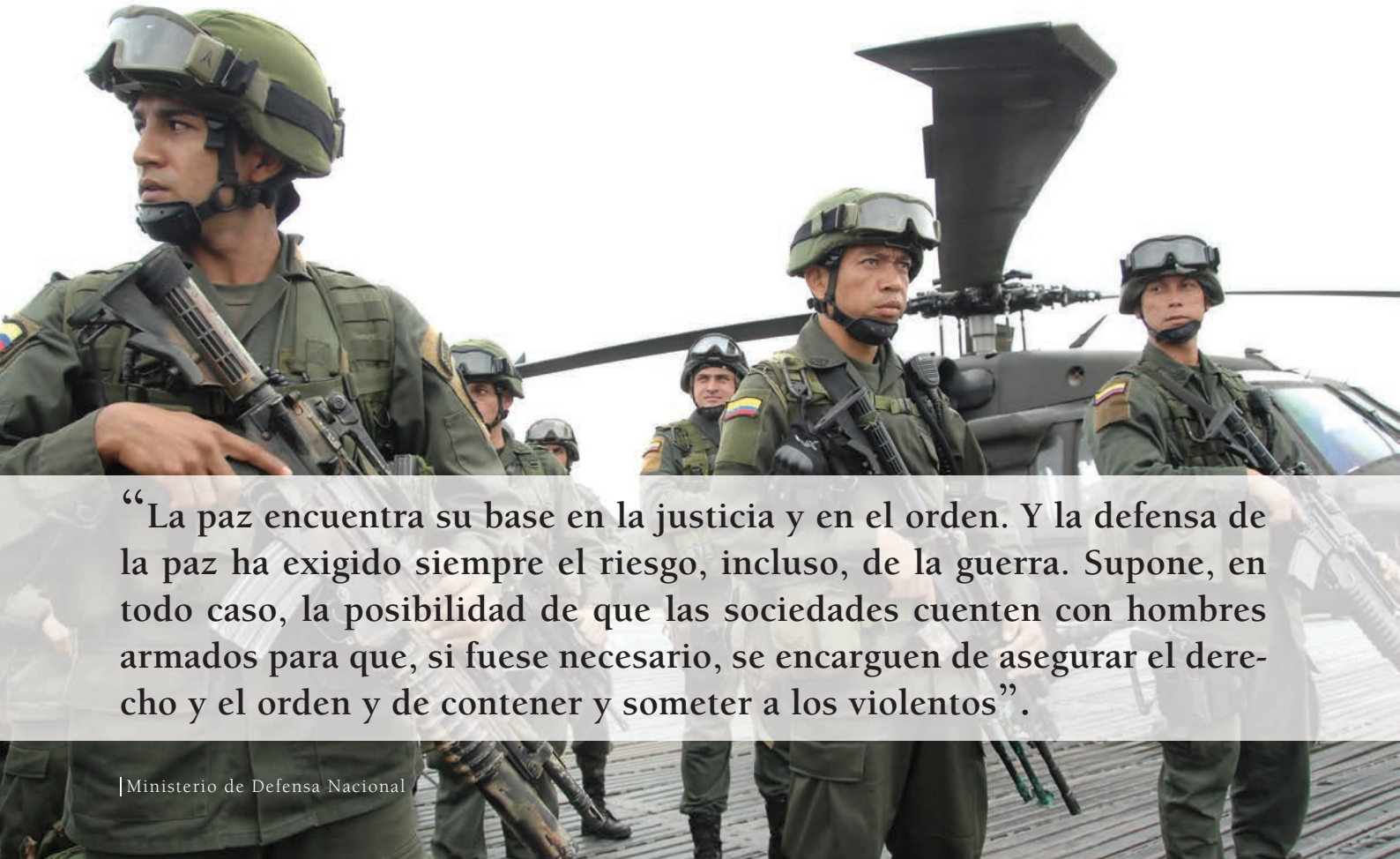
Cuando se habla de barbarie es la violencia, que supone el uso ilegítimo de la fuerza. Es decir, el uso indiscriminado de la fuerza, sin respeto alguno por el derecho y por los principios éticos o con infracción deliberada de los mismos.

Es un hecho que existen asesinos que matan a sus semejantes. Por el otro lado, el que se ve amenazado

por un asesino, tratándose de su propia vida podrá –si así lo quiere y busca vivir el amor fraterno hasta el martirio– preferir la muerte antes que matar o, si le es posible, sólo herir al agresor. Pero si le ve atacar a niños, a mujeres, a seres inocentes e indefensos, ¿deberá abstenerse de toda fuerza para impedir el crimen? Si se respondiera afirmativamente, se reforzaría la ley de la jungla con el comportamiento práctico, puesto que, desgraciadamente, con frecuencia no es posible contener la violencia sino oponiéndole la fuerza.

Este es nada menos que el derecho de la legítima defensa, principio esencial del derecho natural y pilar sobre el cual se edifica todo el derecho. Hay bienes de tal importancia que su defensa contra la agresión injusta es, sin duda, legítima.

Lo que es verdad de las personas individuales, lo es también de las colectividades que tienen sus derechos, ya como instituciones, ya representen la suma de las personas individuales que son sus miembros. Al suponer la existencia de una obligación moral que pro-



“La paz encuentra su base en la justicia y en el orden. Y la defensa de la paz ha exigido siempre el riesgo, incluso, de la guerra. Supone, en todo caso, la posibilidad de que las sociedades cuenten con hombres armados para que, si fuese necesario, se encarguen de asegurar el derecho y el orden y de contener y someter a los violentos”.

hubiera el uso de la fuerza, sus repercusiones prácticas conducirían al triunfo de la violencia brutal, dejando las manos libres a los criminales. Por aquellos que son atacados injustamente es por lo que se recurre a la fuerza, siempre que sea necesario y con proporción al ataque, para impedir que logren su propósito dichos agresores. Por supuesto, se insiste, se entiende que solo es lícito usar la fuerza si no hay otro medio para impedir la injusticia.

Qué duda cabe de que la libertad humana es capaz de desencadenar un injusto conflicto y causar un daño. Lo vemos en nuestro país con triste, brutal e inusual frecuencia. En determinadas condiciones ese conflicto injusto y ese daño permiten, y con mucha frecuencia obligan, a usar las armas para la defensa del agredido, para evitar la ocurrencia del daño o para sancionarlo. Es la defensa de los inocentes contra la injusticia y es la salvaguardia de sus derechos y posesiones legítimas frente a aquellos que pretenden vulnerarlos. Es la lucha por la vida y por la dignidad humana.

La paz encuentra su base en la justicia y en el orden. Y la defensa de la paz ha exigido siempre el riesgo, incluso, de la guerra. Supone, en todo caso, la posibilidad de que las sociedades cuenten con hombres armados para que, si fuese necesario, se encarguen de asegurar el derecho y el orden, y de contener y someter a los violentos.

La fuerza y el Estado de Derecho⁴

Siempre que aludimos al Estado, de algún modo, directo o indirecto, aludimos al orden jurídico, al derecho. A pesar de las sutiles o importantes diferencias conceptuales y filosóficas entre unas y otras corrientes de análisis, todos quienes estudian el Estado coinciden en entenderlo como un poder de mando. Es decir, como un poder con fuerza imperativa para crear un conjunto de normas de conducta, postularlas como obligatorias y hacerlas cumplir. Wiese dice que el Estado “es un mando supremo más fuerte que la fuerza de los débiles y más fuerte que los fuertes”. Como

mando, el Estado deber ser estable, tiene la pretensión de ser legítimo, y se propone asegurar la convivencia duradera y ordenada entre todos sus habitantes.

Su legitimidad consiste en que, además de detentar el poder, cuente con autoridad. Cuando así ocurre, la obediencia a lo que el Estado manda se da espontáneamente y sólo será necesario el uso de la fuerza frente a unos pocos renuentes.

Cuando hablamos de soberanía, decimos, en palabras sencillas, que el Estado es soberano en la medida en que excluye cualquier superior jerarquía y subordina en su jurisdicción, es decir dentro del ámbito del territorio delimitado por sus fronteras, a todas las otras voluntades y poderes.

Ese poder soberano se expresa, precisamente, en la facultad de definir cuáles son las normas que regulan el devenir social en su territorio. Con miras a cumplir su finalidad, el Estado necesita de un conjunto de normas, de reglas de acción destinadas a poner en orden las relaciones entre los hombres. Al conjunto de esas normas, al orden jurídico del Estado, lo llamamos, desde los romanos, derecho. Sobre esta base decimos que el Estado es, por definición, creador, definidor y sancionador del derecho.

No se concibe Estado sin derecho. Ni es el derecho una realidad positiva si lo separamos del Estado.

Ese conjunto de normas que conforman el orden jurídico, ese derecho, reúne unas características que lo individualizan. Primero, esas normas de comportamiento regulan acciones humanas y no los actos no volitivos de hombre o los fenómenos naturales. Segundo, son imperativas, es decir imponen una obligación: mandan, establecen un deber ser al que las conductas deben adecuarse. Tercero, tienen carácter obligatorio, son de necesario cumplimiento. Finalmente, suponen la posibilidad, en última instancia, de recurrir a la fuerza para imponer su cumplimiento o para sancionar su violación.

Por otra parte el derecho es esencialmente violable. “Si faltase la posibilidad del entuerto - diría García May-

⁴ *Ibidem.*

nez -, no tendría sentido la afirmación del derecho, porque no se podría constituir una distinción entre las acciones justas y las injustas y no habría lugar para una norma de obrar”.

“La violación reiterada de una norma no destruye su validez. Que el pez grande devore al chico, o que el pueblo fuerte sojuzgue al débil, no demuestra que así deba suceder, simplemente indican que así sucede”.

La posibilidad de violación de una norma no resta sino que por el contrario reafirma su obligatoriedad, porque el poder del Estado se encarga de garantizarla. El imperativo jurídico no es una obligación de espontáneo cumplimiento. Es un “deber ser” que se exige.

La coercibilidad, es decir la posibilidad última de recurrir a la fuerza para asegurar su cumplimiento, es la característica final del derecho, y también su elemento esencial.

El derecho tolera e incluso prescribe el empleo de la fuerza. Lo que castiga es la violencia, la fuerza fuera del derecho.

El uso de la fuerza y el fomento de las libertades públicas

La fuerza es el medio para asegurar la observancia del derecho, de los preceptos, de las normas de las reglas de comportamiento, de la obligación. Y para sancionar su incumplimiento, su violación. Cuando estos no son acatados, se exige de determinadas autoridades que obtengan su cumplimiento coactivamente.

La impunidad no es otra cosa que la rutinaria ausencia de sanción a la violación de una norma jurídica, a la violación del derecho. Cuando se viola el derecho y esta conducta no se sanciona estamos frente a una injusticia. Porque la justicia es la vigencia del derecho y la posibilidad de hacerlo efectivo. Para hacer justicia se requiere, muchas veces, la posibilidad de recurrir a la fuerza para asegurar la vigencia del derecho.

Como es el Estado el que crea, aplica y sanciona el derecho, pretende para sí el monopolio del uso de la fuerza, con el fin de asegurar su cumplimiento. El poder de la fuerza es así uno de los atributos esenciales del Estado. Sin ese poder, la soberanía no sería más que una farsa y la autodeterminación un deseo. Sin ese poder, la sociedad quedaría expuesta a los avatares de la inseguridad ciudadana, a la ley de la selva, al caos, a la anarquía, al imperio de los violentos. El poder de la fuerza en el Estado es, como el que más, un poder absolutamente legítimo.

De ahí la enorme responsabilidad que cae en hombros de aquellos que, al interior del Estado, han sido designados como depositarios de ese poder inmenso de usar la fuerza. De ahí también la necesidad de establecer unos límites y unas condiciones para el ejercicio de ese poder.

El ejercicio de la fuerza exige un marco claramente determinado. Ese marco lo da, precisamente, el derecho. El uso de la fuerza fuera del derecho, decíamos al inicio, es un simple fenómeno de violencia. Lo es también, debemos recalcarlo, cuando es el Estado el que usa la fuerza por fuera del derecho.

En cualquier caso, el Estado de Derecho es un muro de contención contra el absolutismo y la arbitrariedad, contra

“La impunidad no es otra cosa que la rutinaria ausencia de sanción a la violación de una norma jurídica, a la violación del derecho. Cuando se viola el derecho y esta conducta no se sanciona estamos frente a una injusticia. Porque la justicia es la vigencia del derecho y la posibilidad de hacerlo efectivo. Para hacer justicia se requiere, muchas veces, la posibilidad de recurrir a la fuerza para asegurar la vigencia del derecho”.

el imperio de la violencia. Lo que hace la diferencia entre los Estados de Derecho y los que no los son es la limitación, por el derecho y en el derecho, del específico poderío de que el Estado disfruta en términos de la autonomía y las libertades del individuo y la forma en que es regulada la interferencia del Estado en la órbita individual.

Diferenciar el uso de la fuerza de la violencia, debido a que “la fuerza es toda acción autorizada por el ordenamiento jurídico, que por medio de la coerción busca mantener las condiciones para el ejercicio de los derechos y libertades, y asegura la convivencia; mientras, la violencia es toda acción que atenta contra la dignidad, la libertad y la integridad física y psíquica del ser humano, produciéndole sufrimiento, dolor o cualquier forma de limitación a su bienestar o al libre ejercicio de sus derechos” (ONU, Manual de capacitación en Derechos Humanos para la Policía. Serie de capacitación profesional No. 5. Nueva York y Ginebra, 1997). Bien advertía Mahatma Gandhi, que la no violencia es la fuerza más poderosa que hay a disposición de la humanidad.

Es aún más poderosa que el arma más compleja de destrucción ideada por la ingenua capacidad del hombre.

De ahí que mediante el fortalecimiento del control institucional y la veeduría ciudadana para el mejoramiento del servicio, hayamos podido fortalecer la participación de la comunidad en el control de la gestión policial, para enmarcar nuestras actuaciones, en torno a principios de transparencia y legalidad, para incrementar el respeto del ser humano, por medio de un direccionamiento estratégico basado en el humanismo, debido a que una de las principales obligaciones estatales se vincula al esclarecimiento judicial de conductas punibles, con miras a eliminar el delito y la violencia, como se evidencia en el control social que ejerce sobre el servicio, la “red de veedurías comunitarias y estatales”, en todas las unidades policiales.

De otra parte, como complemento a este hecho, se suma la aplicación del Manual para el servicio de Policía en la atención, manejo y control de multitudes; las consecuencias disciplinarias y penales del uso desmedido de la fuerza, y la aplicación del Código Nacional de Policía.

En todo caso, jamás será legítimo utilizar la violencia cuando ya ha sido sometido el trasgresor o la persona que debe ser detenida.

El uso de la fuerza ha de responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad.

La utilización de la fuerza física por parte de la policía no puede tener otro objetivo que el de salvaguardar el orden público y proteger los bienes de la comunidad, prioritariamente la vida de los ciudadanos.

Al respecto, la Organización de Naciones Unidas indica que el uso de la fuerza se justifica cuando el policía actúa en ejercicio de sus funciones y ante la imposibilidad de hacer cumplir la ley por otras vías como el diálogo, la persuasión o la advertencia. Tal reflexión nos conduce a realizar una invitación colectiva a evitar situaciones extremas de violencia intolerable, para impedir que quienes no están interesados en una sana participación dentro del Estado Social de Derecho, aprovechen estas ocasiones para cometer delitos. Aun así, nuestro compromiso es con la defensa de la integridad humana, sin distinción, ni condicionamiento social. Uno de los principios esenciales del uso de la fuerza es que toda persona tiene derecho a la vida, a su seguridad personal y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

De ahí que la grandeza de la Policía Nacional y su posicionamiento no dependa exclusivamente de sus resultados contra el delito, sino de la transparencia, la rectitud y el comportamiento ético de quienes la conforman, considerando la afirmación de Molière, según la cual, “*jamás se penetra por la fuerza en un corazón*”.

Uso marcial y policial de la fuerza⁵

Para una mayor comprensión en el desarrollo de este tema debemos abordar en primera instancia la designación que

⁵ Artículo Desarrollado por el doctor Bernardo de Jesús García Benjumea, Abogado, Especialista en DD.HH., y DIH Univ. Externado de Colombia Docente a contrato ESCOL y IT. Jhon Jairo Martínez, Abogado, Especialista en Administración de la seguridad UPB-UMNG Conferencia Derechos Humanos Escuela de Policía Carlos Holguín Mallarino.

nuestra Constitución le ha dado a cada una de las fuerzas, lo que nos debe remitir textualmente a lo preceptuado por el art. 216 Constitucional: “*La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*”. En este artículo nos dice nuestra Constitución cuales son las fuerzas que actúan dentro de nuestro territorio ejerciendo los mismos mandatos Constitucionales para lo cual fueron creados. Pero seguidamente el art. 217 empieza a hacer diferenciaciones frente a cada una de ellas:

“*La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*”

Lo que presupone que son estas últimas las llamadas a tener legitimidad de confrontar las acciones bélicas provenientes de grupos al margen de la ley o de agresiones de otro Estado lo que nos llevaría a decir que el uso *marcial* es el que hace una fuerza militar legítima contra *objetivos militares y combatientes enemigos*. Lo que en consecuencia significa que son estas las que pueden llegar a infringir el DIH.

De la misma manera el art. 218 Constitucional continúa clasificando los roles cuando le asigna un papel definido a la Policía Nacional diciendo: “*La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz*”, lo que en consecuencia nos decanta que el *uso policial* es el que hacen fuerzas de policía contra delincuentes o para mantener y controlar el orden público, lo que significa que estos pueden llegar a violar con su accionar los DD.HH. Así la Policía en ejercicio de la fuerza pública, debe mantener las condiciones para el ejercicio de los derechos y las libertades y asegurar la convivencia pacífica. Supone previa autorización judicial para penetrar en domicilios privados, allanar y detener, salvo flagrancia.

El policía actúa por iniciativa propia o por órdenes superiores y por excepción usa la violencia en defensa

propia, los límites son los Derechos Humanos y los Códigos y Reglamentos de Policía.

En cambio las Fuerzas Militares (uso marcial de la fuerza) con autorización del gobierno o de una autoridad responsable para atacar objetivos militares y combatientes enemigos, en desarrollo de operaciones militares, supone poder atacar por sorpresa, capturar sin orden judicial, herir o matar en combate, el soldado obedece órdenes superiores y cumple un deber legal; los límites son el DIH y los que establecen los reglamentos militares (Estatuto del Combatiente).

Lo que nos permite manifestar que: Los Derechos Humanos y el DIDH imponen a la Fuerza Pública límites diferentes a los que impone el DIH.

Tales límites son mucho más exigentes cuando se hace uso policial de la fuerza, la población civil que no participa directamente en las hostilidades, corre más riesgos en los conflictos armados y combates, el problema es que en Colombia los militares y policías realizan operaciones policiales y militares, a veces sin diferenciarlas.

Ahora bien, para la aplicación material de las normas de DDHH y DIH, en las diferentes tipologías de violencia tendríamos en primer lugar que definir cada una de ellas así:

Tensiones internas: situación de tensión grave (política, religiosa, racial, económica u otra índole) o secuelas de un conflicto armado o de un disturbio interior, caracterizado por algunas de las siguientes situaciones: detenciones masivas, elevado número de detenidos políticos, probables malos o condiciones inhumanas de detención, suspensión de garantías judiciales fundamentales o denuncia de desapariciones de personas. De esta manera, las tensiones internas son solamente una expectativa de desorden, donde la fuerza que actúa es la Policía como fuerza policial para controlar y restablecer el orden, donde lo que está en juego son los Derechos Humanos en la aplicación material normativa.

Disturbios interiores: Enfrentamientos que presentan cierta gravedad o duración, que implican actos de

“La grandeza de la Policía Nacional y su posicionamiento no dependa exclusivamente de sus resultados contra el delito, sino de la transparencia, la rectitud y el comportamiento ético de quienes la conforman, considerando la afirmación de Molière, según la cual, *‘jamás se penetra por la fuerza en un corazón’*”.

violencia que pueden ir desde actos espontáneos de rebelión hasta la lucha entre sí de grupos más o menos organizados, contra las autoridades que están en el poder, sin que haya conflicto armado interno propiamente dicho. Al igual que las tensiones internas la fuerza que actúa es la Policía como fuerza policial para controlar y restablecer el orden, donde lo que está en juego son los Derechos Humanos en la aplicación material normativa.

Conflicto Armado No Internacional: surge en el territorio de un estado, 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. Aquí las fuerzas que actúan son las fuerzas militares (uso marcial de la fuerza) y las normas que se pueden violar son las de DIH y las normas en su aplicación material para este tipo de conflictos internos son el Art. 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II adicional a estos.

Conflicto Armado Internacional: Conflicto armado que surge entre dos o más estados; este concepto abarca los conflictos armados de los pueblos que luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o contra los regímenes racistas. En resumen, los conflictos armados internacionales pueden ser interestatales (y pueden, entonces, denominarse "guerras" en el sentido clásico del término, al igual que a la luz del Derecho Internacional Público, este término se encuentra en desuetudo).

De esta manera conociendo la funcionalidad de cada una de las fuerzas que actúan dentro de un territorio al igual que distinguiendo cada una de las tipologías de violencia, se puede identificar la normatividad

aplicable y las violaciones a las que están sometidas por cada una de estas partes, recordando que el **uso marcial** de la fuerza vulnera es el DIH y el **uso policial** de la fuerza vulnera son los DDHH y el DIDH. Lo que igual se debe interpretar de esta clasificación es que no insta para que los miembros de la Policía Nacional no sean formados en el conocimiento de las normas de DIH, toda vez que, como lo expresé al principio las operaciones conjuntas debido a la difícil situación de orden público en nuestro país, requiere un conocimiento previo en esta materia porque pueden llegar a quedar directamente involucrados dentro del conflicto como una parte actora y de esta manera la actuación de la Policía Nacional no queda exenta de cumplir las normas que regulan las confrontaciones en una situación excepcional, bien sea de conflicto de carácter no internacional o de carácter internacional. ■



A raíz de los cambios casacionales en el nuevo sistema acusatorio

Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote¹



1. *Aproximación al tema.* Tratar sobre el recurso de casación, ha sido, y sigue siendo, un tema prácticamente vedado, en cuanto está restringido a los especialistas en esta clase de recurso extraordinario², fundamentalmente por las exigencias técnicas que durante su evolución se han venido elaborando básicamente desde la jurisprudencia, tanto desde el punto de vista de su teórica comprensión como de su sustentación ante la Corte, lo cual unido a los pírricos triunfos respecto de quienes se deciden en acudir a su interposición³, hace

que sean variadas las críticas que se suelen atribuir a esta modalidad impugnativa, generalmente centradas a la rama del Derecho Penal.

Y, claro está que no deja de asistírles razón a los que llegan hasta cuestionar la misma existencia de este recurso, quienes son más los defectos que le puntualizan, que sus virtudes, las cuales dirigidas a las legislaciones occidentales que lo estatuyen, van desde considerar la casación como una institución burguesa, como producto de la Revolución Francesa, pasando por considerarlo como propio de un medio elitista y clasista, al cual solo pueden acudir quienes tienen posibilidades de contar con un especialista en la materia, además de ser un recurso tardío, ya que “si logra remediar alguna injusticia o subsanar un agravio al derecho, lo hace cuando ya la condena ha surtido efectos estigmatizantes”, y sobre todo, por lo “formalista”, llegándose hasta extremar las propias exigencias legales, creando toda una estructura técnica, que de suyo implica que por vía de interpretación se resulten creando requisitos de muy difícil cumplimiento a la hora de aplicarlos, ya que de lo estrictamente formal puede fácilmente pasarse a lo ideal, esto es, supeditando la realidad al método y no el método a la realidad, llegando la “técnica del recurso a erigirse en el fantasma del castillo, cuyo oficio sea espantar a los visitantes”⁴.

¹ Ex Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y profesor de Derecho Penal de la Universidad del Rosario.

² Si bien ninguno de los dos Códigos de Procedimiento Penal consagran el recurso de casación como “extraordinario”, como lo hacían los Estatutos anteriores, frente a los vigentes se afirma que debe así entenderse, por cuanto, como lo afirma el ex Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Yesid Ramírez Bastidas, en su obra sobre Casación Penal. Leyer, Bogotá. Pág. XXIV, el recurso “(...) de casación se concibe como un recurso extraordinario y como un medio de control jurisdiccional de la constitucionalidad y de la legalidad de los fallos, al seguir siendo un recurso en el sentido que se puede interponer para controvertir la sentencia de segundo grado antes que alcance ejecutoria material; y, es extraordinario porque se surte por fuera de las instancias en tanto no plantea una nueva consideración de lo que fue objeto de debate en ellas sino un juicio de valor contra la sentencia que puso fin al proceso, esencialmente, por haberse proferido con violación de garantías fundamentales, materializado a través de una demanda que no es de libre elaboración porque debe ceñirse a rigurosos parámetros lógicos, a casuales taxativas y sólo procede contra sentencias de segundo grado.”.

³ Interesante resulta sobre este tópico, el estudio de campo realizado por Miguel Alfredo Ledesma Ch., en su libro Casación Penal-Principales causas de inadmisión de demandas 2009, Editado por la Fundación Tribuna Jurídica de Santiago de Cali en el 2011, en el que demuestra cómo de 265 demandas examinadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el 2009, se inadmitieron 230, que equivalen al 86%, contra 35 libelos admitidos que representan tan solo el 14%, y de estas 35 admitidas, 23 lo fueron de oficio, esto es, que no obstante corresponder a libelos inadecuadamente presentados, la Corte los admitió por haber encontrado la necesidad de acudir al restablecimiento de una garantía conculcada, quedando en 12 demandas las encontradas como formalmente presentadas, de

las cuales únicamente casó integralmente 1 y 3 parcialmente; y de las 23 admitidas de oficio, 5 lo fueron integralmente y 13 parcialmente, concluyéndose, en estas condiciones, que el grado de efectividad total en materia casacional estuvo en el orden del 0.00377%.

⁴ Ver el prólogo del ex Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, doctor Lisandro Martínez Zúñiga al libro Manual del Recurso de Casación en materia penal de Jorge Enrique

Sin embargo, y si bien, en una ecuánime valoración del recurso, algunos de estos generales cuestionamientos podrían ser de recibo, y cuando menos, seguirán siendo de necesario análisis, igualmente lo es, que estos aspectos cuantitativos negativos no opacan los cualitativos positivos que justifican la existencia de este extraordinario recurso, siendo de todas maneras un hecho cierto, que no se puede desconocer, que son numerosas las demandas que son rechazadas por evidente falta de técnica en su presentación y que la máxima finalidad del recurso en orden al establecimiento de autorizados derroteros jurisprudenciales, de suyo lo han justificado⁵.

Y aquí, precisamente, es donde se impone la revisión, así sea en forma general, de estos tradicionales cuestionamientos a la casación, en cuanto a las modificaciones legislativas y jurisprudenciales a que ha venido siendo sometida, evidenciándose a partir de la entrada en vigencia de la actual Constitución Política de 1991, que al expresamente determinar como modelo de Estado el de derecho, social y democrático, ha posibilitado con mayor amplitud las finalidades propias del ordenamiento punitivo, tanto desde un punto de vista sustancial como procesal, no siendo ajeno a esta proyección este extraordinario recurso.

Así, y no obstante, que como es sabido, actualmente nos rigen dos Códigos de Procedimiento Penal, como consecuencia del límite de vigencia del nuevo Estatuto, esto es, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, aplicable este último a los hechos cometidos en los diversos Distritos Judiciales, según la fecha en que entró a regir en cada uno de ellos, de acuerdo a lo dispuesto

Torres Romero y Guillermo Puyana Mutis, segunda edición, Prodi-técnicas, Bogotá, págs. VII a XIX.

⁵ Pues, como lo afirma Jorge Velásquez Niño, Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su libro de reciente aparición: ¿La casación penal? ¡Pero sí es muy fácil!, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2012, pág. 70: “La pretensión de unificar la jurisprudencia a través de la casación apunta a que la ley sea aplicada en todo el territorio nacional en su verdadero sentido. Es claro que la jurisprudencia no es ley y que, por tanto, no obliga al juez, pero cumple una función orientadora, en cuanto, junto con la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, constituye auxiliar de la actividad judicial (artículo 230 de la Constitución Política)”.

en el artículo 530 de este nuevo Estatuto⁶, y en los dos se consagra este recurso, es respecto a éste último al que nos referiremos principalmente, en cuanto es el que presenta variadas inquietudes respecto a su regulación, siendo algunas de ellas las que abordaremos.

Y, para ello, imperativo resulta iniciar precisando cómo mientras en el anterior Código Procesal Penal, el recurso de casación procedía por la violación de “una norma de derecho sustancial”, que en los anteriores Estatutos se remitía a la violación de la “ley sustancial”, en el nuevo Código lo es contra “una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso”, desde luego, de “contenido sustancial”⁷, con lo cual, este recurso “como medio de control constitucional y legal implica para la Corte Suprema de Justicia la tarea de verificar que las sentencias de segunda instancia se ajusten a la normatividad constitucional, especialmente en lo referente al respeto de los derechos fundamentales garantizados a cada uno de los intervinientes, y que los fallos de los jueces se ciñan a la legalidad estricta”⁸, siendo por ello, por mandato del artículo 180 de la Ley 906 de 2004, que los fines de este recurso están contraídos a la efectividad del derecho material “en punto de su supremacía con respecto a la mera formalidad”⁹, el respeto de las garantías de las partes y de los intervinientes y la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.

2. Los temas objeto de análisis. Bajo este marco, y siendo que de acuerdo con la nueva regulación procesal, el recurso de casación ya no está limitado al *quantum* punitivo, como lo es bajo la égida de la Ley 600 de 2000, como que ahora en la Ley 906 de 2004 procede “como control constitucional y legal” contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por delitos

⁶ En virtud de lo dispuesto en dicha norma, este Código de Procedimiento Penal entró a regir paulatinamente en los distintos Distritos Judiciales del país, encontrándose ya vigente en todo el territorio nacional.

⁷ VELÁSQUEZ NIÑO, Jorge: Op. cit., pág. 293.

⁸ RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid: Op. cit., pág. XXV y Sentencia de la Corte Constitucional C-590 de 2005.

⁹ RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid: Op. y pág. cit.

por los Tribunales Superiores de Distritito, “cuando afectan derechos o garantías fundamentales” por las causales previstas en el artículo 181¹⁰, que son las previstas en los artículos 33 y 34 de la Ley 906 de 2004¹¹,

¹⁰ De acuerdo con esta disposición: “El recurso como control constitucional o legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por: 1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso. 2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes. 3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia. 4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación, la casación civil”.

¹¹ De conformidad con el artículo 33, “los Tribunales superiores de distrito respecto de los jueces penales de circuito especializado conocen: 1. Del recurso de apelación de los autos y sentencias que sean proferidas en primera instancia por los jueces penales del circuito especializados. 2. En primera instancia, de los procesos que se sigan a los jueces penales de circuito especializados y fiscales delegados ante los juzgados penales de circuito especializados por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. 3. De la acción de revisión contra sentencias proferidas por los jueces penales

pues es a estas corporaciones a las que les compete conocer en segunda instancia de las sentencias profe-

de circuito especializados, y preclusiones proferidas en investigaciones por delitos de su competencia. 4. De las solicitudes de cambio de radicación de los jueces del mismo distrito. 5. De la definición de competencia de los jueces de mismo distrito. 6. De recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión del juez de ejecución de penas cuando se trate de condenados por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados”. Y de acuerdo con el artículo 34, “las salas penales de los tribunales de distrito conocen: 1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia proferan los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. 2. En primera instancia, de las actuaciones que se sigan a los jueces del circuito, de ejecución de penas y medidas de seguridad, municipales, de menores, de familia, penales militares, procuradores provinciales, procuradores grado I, personeros distritales y municipales cuando actúan como agentes del Ministerio Público en la actuación pena, y a los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, municipales o promiscuos, por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. 3. De la acción de revisión contra sentencias proferidas por los jueces de circuito o municipales pertenecientes al mismo distrito, y preclusiones proferidas en investigaciones por delitos de su competencia. 4. De las solicitudes de cambio de radicación dentro del mismo distrito. 5. De la definición de competencia de los jueces del circuito del mismo distrito, o municipales de diferentes circuitos. 6. Del recurso de apelación interpuesto contra la decisión del juez de ejecución de penas”.

“A partir de la entrada en vigencia de la actual Constitución Política de 1991, que al expresamente determinar como modelo de Estado el de derecho, social y democrático, ha posibilitado con mayor amplitud las finalidades propias del ordenamiento punitivo, tanto desde un punto de vista sustancial como procesal, no siendo ajeno a esta proyección este extraordinario recurso”.



ridas en primera instancia por todos los juzgados, esto es, por los especializados, del circuito y municipales; y siendo, en estas condiciones, que se suprimió la “casación excepcional”¹² prevista en el Código de Procedimiento Penal de 2000 para aquellos casos en que no procede la “casación ordinaria”, la nueva legislación procesal al introducir entre nosotros un nuevo sistema procesal, que se afirma lo es con tendencia acusatoria, y que *strictu sensu* podría caracterizarse más como adversarial, generó diversas modificaciones en su trámite, que por su trascendencia realmente toman un evidente carácter sustancial, entre las cuales nos parece oportuno referirnos en esta oportunidad, así sea en forma general, a cuatro aspectos que nos parecen de importancia, y que cuando menos, se impone reflexionar sobre los mismos, a saber: a) La interposición y sustentación del recuso; b) la inadmisibilidad de la demanda; c) la sustentación del recurso, y d) el fallo de reparación integral.

a) **La interposición y sustentación del recurso.** En los términos del artículo 210 de la Ley 600 de 2000, una vez interpuesto el recurso, que procede durante la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, los recurrentes cuentan con el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la misma, para presentar “por escrito” “la demanda de casación”¹³, corriéndose, una vez vencido este término, traslado por 15 días, a “los no demandantes” para que “presenten sus alegatos”, a tenor del artículo 211 del mismo Código de Procedimiento Penal¹⁴.

¹² Por mandato del inciso tercero del artículo 205 del Código de Procedimiento Penal de 2000, “De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede admitir la demanda de casación contra sentencias de segunda instancia distintas a las arriba mencionadas, a la solicitud de cualquiera de los sujetos procesales, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, siempre que reúna los demás requisitos exigidos por la ley”.

¹³ De conformidad con el artículo 210 de la Ley 600 de 2000: “Ejecutoriada la sentencia, el funcionario de segunda instancia remitirá las copias del expediente al juez de ejecución de penas o quien haga sus veces, para lo de su cargo, y conservará el original para los efectos de la casación. La demanda de casación deberá presentarse por escrito dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia. Si no se presenta demanda remitirá el original del expediente al juez de ejecución de penas. Si la demanda se presenta extemporáneamente, el tribunal así lo declarará mediante auto que admite recurso de reposición”.

¹⁴ Y, en los términos del artículo 211 de este mismo Código: “Presen-

Entre tanto, en el nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en el artículo 183 se “refundió en un solo acto complejo el recurso y la sustentación con la demanda, al determinar que en el plazo único de los 60 días hábiles siguientes a la última notificación (válida) de la sentencia de tribunal la parte inconforme debía interponer el recurso “mediante demanda”, esto es, la impugnación y el sustento con la demanda de casación conformaban un todo, pues se recurría con la demanda y esta era el fundamento del medio de gravamen.

Pero el artículo 98 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010, al introducir modificaciones al 183 del Código de Procedimiento Penal del 2004, retornó a la especificación de dos momentos diferenciados, en tanto regula que el recurso debe interponerse ante el tribunal dentro de los 5 días que sigan a la última notificación del fallo de segunda instancia “y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda”¹⁵.

Como puede verse, al ser reformada la norma originaria de la Ley 906 de 2004, respecto del término para presentar la correspondiente demanda sustentatoria del recurso de casación, de 60 días individuales para cada recurrente a 30 comunes, se produce aquí una importante modificación, que en ninguna forma, puede tomarse como meramente formal o sin trascendencia respecto de la verdadera garantía al derecho de defensa, pues, si bien, podría pensarse que esta reducción temporal tiene como fin el de agilizar el trámite del proceso, y de suyo, tratar de evitar el abuso en la utilización de este recurso, principalmente para los eventos en que son varios los procesados y para efec-

tada la demanda se surtirá traslado a los no demandantes por el término común de quince (15) días para que presenten sus alegatos. Vencido el término anterior se remitirá el original del expediente a la Corte”.

¹⁵ VELÁSQUEZ NIÑO, Jorge: Op. cit. pág. 144. Según el artículo 183 de la Ley 1395 de 2010, modificatorio del artículo 183 de la Ley 906 de 2004, “El recurso se interpondrá ante el Tribunal dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos. Si no se presenta la demanda dentro del término señalado se declara desierto el recurso, mediante auto que admite el recurso de reposición”.

tos de buscar una posible prescripción de la acción penal, todos recurren el fallo de segunda instancia, y en estos eventos, a cada uno de ellos habría que correrles el traslado por 60 días para que sustenten el recurso, en los términos de la Ley 600 de 2000, es también lo cierto, que no ocurriría lo mismo respecto a los tramitados por la vía de la Ley 906 de 2004, en cuanto para estos casos, la prescripción se interrumpe con el proferimiento de la sentencia de segundo grado¹⁶, existiendo otras razones de fondo para advertir como desafortunada esta reforma.

En efecto, aparentemente podría pensarse que un término de 30 días es más que suficiente para presentar una demanda de casación, pero en realidad, y la práctica así nos lo ha demostrado, que, en la mayoría de los casos, y más aún, en aquellos de mayor o mayúscula complejidad, bien por sus dificultades sustantivas, por el número de procesados, y así pareciere intrascendente, por su propio volumen, en cuanto a la multiplicidad de actuaciones, todo unido a la exigencia propia de la casación, que dicho sea en verdad, hoy en día exige un rastreo constante de la jurisprudencia, pues mientras no se regule legalmente la obligación de que expresamente la Corte especifique cuál es su último criterio sobre un determinado fenómeno jurídico, incluyendo la misma técnica casacional, se hace imperativo su seguimiento diario, estando por analizarse en nuestro medio, sin prejuicio alguno, la viabilidad del reconocimiento de la *jurisprudencia favorable*, en toda su dimensión, para lo cual ya existe el avance legal de la causal sexta de revisión regulada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal de 2000¹⁷, e igualmente, el del *anuncio previo* de un determinado *cambio de jurisprudencia*, en cuanto a que más allá de una sofisticada o extrema propuesta, objetivamente

vistas las cosas, no resulta en ninguna forma justo el sorprender al procesado con un cambio de jurisprudencia desfavorable, cuando no ha tenido, ni va a tener oportunidad para poder defenderse de ese nuevo pronunciamiento.

Es que frente a regulaciones como esta, un legislador alejado de la realidad, difícilmente logrará acertar, pues, el término de 30 días, resulta insuficiente, y especialmente respecto a aquellos procesos tramitados mediante el nuevo sistema que hemos concebido como “acusatorio”, pues, desde un punto de vista pragmático, y sin que puedan entenderse estas inquietudes como salidas de una determinada “seriedad científica”, sino, por el contrario, acudiendo a los imprescindibles elementos fácticos que deben sustentar las regulaciones normativas, es la verdad, que además del propio estudio detallado de un proceso para efectos casacionales, de suyo complejo, en la práctica, una tal actividad está precedida de una especie de “logística judicial”, que lejos de la teoría, es la que se vive diariamente, que se inicia con la propia obtención de las copias de las actuaciones procesales en los Tribunales, hoy recolectadas mediante medios magnéticos, momento desde el cual, de entrada, ya empieza a reducirse ese término, que mientras son entregadas, ya está corriendo, teniendo en cuenta, que en la mayoría de casos, por no decir que prácticamente en todos, su expedición es menos expedita que lo imaginado por el legislador, desde luego, si estos aspectos fueron tenidos en cuenta, pues, con seguridad ni siquiera fueron advertidos.

Pero además, ante la exigencia de la propia Sala de Casación de la Corte, en el sentido de que en la demanda las citas que se hagan deben serlo con las respectivas transcripciones y señalando el *record* de la grabación, es decir, los minutos a que correspondan, esto exige un previo, denso y extenso trabajo transcriptorio, amén del tiempo necesario para escuchar las grabaciones, generalmente extensas, lo cual termina reduciendo, más de lo esperado, el referido término de los 30 días para la elaboración del libelo, tornándose en una verdadera lucha “contra el reloj” la sustentación de un recurso de tanta complejidad y trascendencia con el

¹⁶ De acuerdo con el artículo 187 de la Ley 906 de 2004: “Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años”.

¹⁷ De acuerdo con el numeral sexto del artículo 220 de la Ley 600 de 2000: “La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutorias, en los siguientes casos: “1... 2... 3... 4... 5... 6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria”.



de casación, siendo una necesidad que dicho término de traslado a los recurrentes deba regresar a los 60 días que preveía la Ley 600¹⁸, pues si bien ya fue demandada esta disposición con argumentos similares ante la Corte Constitucional, por resultar desconocedora del derecho a la defensa, es también lo cierto que, esta se inhibió por considerar que esta clase de fundamentos fácticos no incidían en la constitucionalidad de las normas demandadas, lo cual nos hace recordar la irónica respuesta que en alguna oportunidad, con su calurosa sencillez, nos contaba, quien fuera uno de los más brillantes Magistrados y doctrinantes que ha tenido el país, el Profesor Luis Enrique Romero Soto, cuando recordaba que una vez se retiró de la Corte por haber cumplido la edad de retiro forzoso, al haberle alguien solicitado que le presentara una demanda de casación, le respondió negativamente, manifestándole que no estaba en condiciones de hacerse cargo de tan complicada labor, porque “eso necesitaba de tiempo”, y además, si bien acababa de desempeñarse como Ma-

¹⁸ Al ser demandada esta disposición por inconstitucional por violación de los artículos 29 y 229 de la Constitución Política, en la medida en que la reducción del término para la elaboración de la correspondiente demanda de casación en un término “común” de 30 días, resulta prácticamente vulneradora del derecho a la defensa, por cuanto, como “Mayoritariamente se ha sostenido en la doctrina que la forma más efectiva de ejercer la represión por parte del Estado y de desconocer los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos no es modificar el código penal y hacer aumentos punitivos, sino que la verdadera persecución de un Estado autoritario se hace modificando el código procesal, limitando el derecho a la defensa, dificultando el derecho de probar y ejercer la contradicción, desconociendo el principio de presunción de inocencia o disminuyendo los términos de tal manera que se haga nugatorias las posibilidades defensivas”, con esa reducción de este término, se está desconociendo, que “(...) Hoy, con los problemas de la delincuencia organizada y profesionalizada y con los casos de corrupción, en los que fácilmente encontramos procesos con diez, quince y más sindicados, el hecho de reducirse el término para la sustentación de la casación y hacerlo común a los sujetos procesales recurrentes, lo convierte en un instrumento procesal prácticamente imposible de ser interpuesto y sustentado, porque nos preguntamos, ¿cómo y cuándo podrían tener los sujetos procesales acceso al expediente para estudiarlo y poder elaborar la demanda de casación?, la Corte Constitucional se inhibió de estudiar de fondo esta demanda, mediante la Sentencia C-371 de 2011, y en cuanto se refiere a los cargos formulados contra los artículos 98 y 101 de la Ley 1395 de 2010, que modificaron el 183 de la Ley 906 de 2004 y el 210 de la Ley 600 de 2000, por cuanto “Estas consideraciones de los demandantes, no configuran un reproche de naturaleza constitucional, fundado en un análisis sobre el contenido de las normas superiores que se estiman quebrantadas y su confrontación con los preceptos legales que se acusan. Las demandas plantean convicciones personales y preocupaciones de los actores relativas a las consecuencias que acarrearía la aplicación e implementación de las normas, ubicando el reproche en el terreno de la inconveniencia y no en el de la inconstitucionalidad”.



gistrado de la Corte, “lo que él sabía era rechazarlas, pero no hacerlas”.

b) **La inadmisión de la demanda.** A diferencia de lo regulado por la Ley 600 de 2000¹⁹, el nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 2004, no establece los “Requisitos formales de la demanda”, limitándose a disponer en el artículo 183, que durante el término de 30 días²⁰, comunes para todos los recurrentes de acuerdo con lo recientemente estipulado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010, modificatorio del artículo 183 del Estatuto, “se presentará la demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos²¹”, la cual “no será seleccionada” por la Corte, al tenor de lo dispuesto en el artículo 184, “si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso²²”. “En caso contrario, se fijará fecha para la au-

¹⁹ De acuerdo con el artículo 212 de este Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, “La demanda de casación deberá contener: 1. La identificación de los sujetos procesales y de la sentencia demandada. 2. Una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal. 3. La enunciación de la causal y la formulación del cargo indicando en forma clara y precisa sus fundamentos y las normas que el demandante estime infringidas. 4. Si fueren varios los cargos, se sustentarán en capítulos separados. Es permitido formular cargos excluyentes de manera subsidiaria.”

²⁰ El artículo 183 de la Ley 1395 de 2010, modificatorio del artículo 183 de la Ley 906 de 2004, dispone: “El recurso se interpondrá ante el Tribunal dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos. Si no se presenta la demanda dentro del término señalado se declara desierto el recurso, mediante auto que admite el recurso de reposición”.

²¹ Si bien, en efecto, el nuevo Código no regula los requisitos formales con los que debe cumplirse la demanda de casación, nos parece lo adecuado, además porque como lo enfatiza el citado autor Jorge Velásquez Niño en la obra también ya referida, tanto los requisitos formales, como los sustanciales y los de orden técnico surgen de la misma naturaleza del recurso y de su propia regulación, no existiendo inconveniente en auxiliarse para la elaboración de la demanda, de los señalados en la Ley 600 de 2000, desde luego, en lo que no se oponga al nuevo sistema, ni a las formas propias del mismo, ni mucho menos, a los expresos mandatos sobre la nueva estructura procesal, resultando básicamente acertada la relación que de los mismos, comparativamente, entre los dos Códigos, se hace por dicho autor, en el Capítulo VII de la mencionada obra, págs. 185 a 199.

²² De acuerdo con el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, al regular lo relativo a la ADMISIÓN de la demanda, dispone: “Vencido el término para interponer el recurso, la demanda se remitirá junto con los antecedentes necesarios a la Sala de Casación

diencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda²³.

Dos son, entonces, las situaciones que se pueden presentar respecto al estudio de la demanda por la Corte, una vez llega a esa Corporación, y en punto de su admisibilidad: o se inadmitirá mediante decisión tomada por toda la Sala, entre otros de los motivos referidos, “cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso”, o se admitirá, caso en el cual el Magistrado Ponente procederá a fijar “fecha para la audiencia de sustentación”.

Así las cosas, en el primer evento, secundario resulta que la demanda cumpla con las exigencias legales y jurisprudenciales necesarias para una técnica y debida elaboración del libelo, ya que aun en estas condiciones, puede ser inadmitida, y si bien como también lo advierte Velásquez Niño, a nuestro modo de ver en

Penal de la Corte Suprema de Justicia para que decida dentro de los treinta (30) días siguientes sobre la admisión de la demanda. No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso. En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso de índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo. Para el efecto, se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda”.

²³ Al ser demanda por inconstitucional la expresión “se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que podrán concurrir,” contenida en el inciso final del artículo 184 de la Ley 906 de 2004”, por considerar “el demandante” “la inconveniencia de esa norma” “frente al hecho de que el legislador haya extendido la oralidad a la sustanciación del recurso extraordinario de casación, pues a su juicio, la oralidad solo tiene sentido en la etapa del juicio”, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-806 de 2009, se inhibió de pronunciarse de fondo, por cuanto “Tal señalamiento, no contiene una exposición de razones ciertas, suficientes y pertinentes desde el punto de vista constitucional que permitan comprender por qué el demandante considera que la oralidad en esta etapa sería contraria a la Carta”, y. “En esa medida, no existe un cargo susceptible de análisis por parte de la Corte”.

forma acertada, y con el evidente fin de tratar de limitar al máximo esta amplísima facultad que le da la ley a la Corte, “(...) tal determinación solamente es admisible cuando la confrontación de la demanda con los fallos de instancia, y el escrito y audiencia de acusación permitan responder los cuestionamientos²⁴”, ya que “Cuando se requiera la revisión y estudio de las piezas procesales, se impone la admisión y el proferimiento de la sentencia de fondo²⁵”.

Y, aquí aparece la segunda inquietud de nuestro interés, en cuanto a que no obstante la limitante que fija el doctor Velásquez Niño, en principio, constituye un esfuerzo importante para restringir esta amplísima facultad que le da la ley a la Corte, es también lo cierto, que, de una parte, de acuerdo con la literalidad de la norma, esta potestad está limitada única y exclusivamente a la valoración de la demanda y no a “los fallos de instancia y el escrito y audiencia de acusación”, pues en estas condiciones, el análisis de la demanda va a estar confrontado con la prueba y los argumentos debatidos en el proceso, que es, precisamente, lo que no pretende la norma al limitar esta facultad al “contexto de la demanda”, sin que sea dable entender que cuando la ley se refiere a que “cuando de su contexto se advierta que no se precisa fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso”, la expresión “contexto” está permitiendo valorar la integridad del proceso o las pruebas, o la acusación y los fallos de instancia, pues en estas condiciones, lo que se estaría posibilitando es el proferimiento de un “fallo anticipado”, pues a la postre, mediante la confrontación de dichos actos procesales se está accediendo a la prueba fundamento de la sentencia impugnada, desconociéndose el debido proceso, adelantándose en esencia la decisión de fondo, pues, puede darse el evento en que no obstante reunir la demanda las correspondiente exigencias técnicas, sea inadmitida, precisamente, porque en criterio de la Corte va a carecer de éxito si se adelantara el trámite correspondiente y se impusiera proferir el fallo casacional respectivo, a lo cual se llegaría obvian-

²⁴ VELÁSQUEZ NIÑO, Jorge: Op. cit. Pág. 175.

²⁵ VELÁSQUEZ NIÑO, Jorge: Op. cit. Pág. 175.

do la sustentación oral de la demanda, la intervención de los “no impugnantes” y el imprescindible concepto del Ministerio Público, cuya obligatoriedad es un imperativo legal y con cuyas intervenciones, bien podía demostrársele a la Corte el cumplimiento de las finalidades del recurso, que en un caso concreto no hayan sido vistas por esa Corporación al momento de inadmitir la demanda, que termina siéndolo por insuficiencias técnicas, a las cuales realmente se llega por esa previa confrontación con la prueba o con la propia actuación procesal y con verdaderas argumentaciones de fondo, perdiendo su razón de ser el paso previo de la admisibilidad de la demanda que, precisamente, abre el camino a que con el subsiguiente trámite se pueda escuchar a los no recurrentes y al Ministerio Público, para allí sí proceder a la decisión de fondo, mediante el correspondiente fallo de casación.

Y, si bien se podría afirmar que al facultarse a la Corte, en los términos del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, a “superar los defectos de la demanda para decidir de

fondo” “atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso de índole de la controversia planteada”, cuando se observare que procede la aplicación de una causal diferente a la invocada por el demandante, esta oficiosidad hace que en todos los casos en que se recurre en casación, “la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia” esté salvaguardada, una tal facultad en ninguna forma justifica que en los casos en que al cumplir la demanda con las respectivas exigencias técnicas, se adelante el fallo, no permitiéndose el cumplimiento del debido proceso, cuando en su trámite resultan excluidas las intervenciones de los referidos sujetos procesales no recurrentes y del representante del Ministerio Público, con las cuales se puede demostrar la eventual prosperidad de las censuras formuladas a la sentencia recurrida, sin que esto pueda ser compensado con el mecanismo de “insistencia” que prevé el artículo 184 del nuevo Código

Fotografía extraída de: <http://primiciadiario.com/archivo/2012/corte-suprema-de-justicia-exige-seguridad-para-el-tribunal-superior-de-bogota/>



de Procedimiento Penal²⁶, para que “los Magistrados de la Sala o por el Ministerio Público” impetren ante la Sala la reconsideración de la decisión inadmisoria, desde luego, con el fin de que sea admitida, en cuanto a que ello en ninguna forma puede suplir la garantía del proceso debido.

c) **La sustentación del recurso.** En tercer término, en cuanto se refiere a la “sustentación del recurso”, como ya lo hemos referido, en el trámite de la Ley 600 de 2000, se debe hacer mediante la presentación, por escrito²⁷, de la demanda que lo sustente, mientras que en el sistema de la Ley 906 de 2004, modificado en cuanto a este aspecto se refiere por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010, aparte de reducirse el término para su presentación de 60 días para cada uno de los recurrentes a 30 días comunes para todos, permanece la regulación original de este Estatuto Procesal, en el sentido de que además de presentarse por escrito la demanda por medio de la cual el recurrente sustente el recurso, de ser admitida, deberá ser sustentada en audiencia pública “a la que podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda”, según lo establece el último inciso del referido artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Ante esta regulación sea lo primero observar, lo inconsistente que resulta esta regulación, en cuanto tratándose de un sistema oral, no es comprensible que a la altura del último recurso y el de mayor importancia dentro del trámite del proceso, como es el

²⁶ De conformidad con el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra el auto que inadmite de la demanda, procede el “recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público”, cuando “la demanda se encuentre en cualquier de los siguientes supuestos: si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso”.

²⁷ Por mandato del artículo 222 de la Ley 600 de 2000, “La acción se promoverá por medio de escrito dirigido al funcionario competente y deberá contener: 1. La determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda con la identificación del despacho que produjo el fallo. 2. La conducta o conductas punibles que motivaron la actuación procesal y la decisión. 3. La causal que invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud. 4. La Relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición. Se acompañará copia o fotocopias de la decisión de primera y segunda instancias y constancia de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda”.

de casación, se vuelva a la forma escrita²⁸; y esta incoherencia se torna más profunda al disponerse, que de ser admitida la demanda, se cite a “audiencia de sustentación”, pues, en principio habría que resaltar lo superflua que resulta, si se tiene en cuenta que el escrito de la demanda lo es precisamente para ese fin, es decir, para sustentar el recurso, lo cual indicaría que este extraordinario recurso exige una doble sustentación: Una escrita y otra oral, lo que, a todas luces, resulta un contrasentido jurídico. Quizá por ello, es que en la práctica²⁹ la Corte ha restringido inusualmente la intervención del demandante para que intervenga “no repitiendo lo propuesto en la demanda”, porque “ya es conocida por la Corte”, es decir, que le está vedada su intervención, por lo que con razón lo afirma Velásquez Niño, “la misma se ha convertido en un trámite injusto para el recurrente, cuya actuación paradójicamente es la que impulsa el trámite y a la cual, por tanto, debería conferírsele preponderancia”, pudiendo sí el demandante, de acuerdo a reciente jurisprudencia de la Corte³⁰, intervenir para “oponerse o coadyuvar” a los sujetos no recurrentes, entendidos como partes o intervinientes.

Este procedimiento que ha impuesto en la práctica la Corte, desde luego, por medio de su Sala de Casación Penal, realmente debe ser reformado a la mayor brevedad, pues dentro del sistema oral actualmente regulado en el nuevo Código de Procedimiento Penal, es claro que la referida audiencia lo debe ser para sustentar el recurso, debiendo en ella misma, claro está, garantizarse la intervención de los no recurrentes, y de mantenerse el sistema escrito para la presentación de la demanda, debe desaparecer la audiencia, retomando el traslado a los no recurrentes para que dentro de las limitaciones propias de sus alegaciones, es decir, teniendo como límite los cargos de la demanda, manifiesten su coadyuvancia u oposición, con la obligatoria conceptualización del Ministerio Público, pues esta audiencia en las referi-

²⁸ En el mismo sentido, JORGE VELÁSQUEZ NIÑO en la op. cit., pág. 175.

²⁹ VELÁSQUEZ NIÑO, Jorge: Op. cit., págs. 175 y 176.

³⁰ Auto del 8 de febrero de 2012 en el Radicado 38.020, con ponencia del Magistrado José Luis Barceló Camacho.

das condiciones, carece de sentido, más aún cuando, como lo afirma el ya citado Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Penal, Jorge Velásquez Niño, la restricción que le hace la Corte al demandante en la “audiencia de sustentación” para que no se refiera a lo ya expuesto en la demanda, porque el libelo “ya es conocido por la Corte”, “no parece coincidir con la realidad, pues, en esencia, de ella solamente se ha enterado el Magistrado Ponente³¹”, y de ello no nos cabe la menor duda, pues el solo trámite del recurso así lo permite colegir, pues si el auto que admite la demanda únicamente es dictado por el Magistrado Sustanciador, distinto al que la inadmite que lo profiere toda la Sala, es evidente que el resto de los Magistrados no han tenido oportunidad de conocer la demanda, y en estas condiciones, realmente esta clase de audiencia carece de sentido, a no ser, que se le permita al demandante realizar integralmente su sustentación, debiendo ser en este momento, en el que previo al pronunciamiento de fondo, se resolviera por parte de la Sala, sobre su admisión, pues es otra verdad de a puño, que mientras la admisión es solo proferida por el Magistrado Ponente, de los llamados rechazos “*in limine*”, excepción del Ponente, los demás Magistrados integrantes de la Sala, no tienen oportunidad de conocer las demandas, sino el proyecto que aquel les presenta.

Pero es que además, en punto del procedimiento práctico con el que se desarrolla esta “audiencia de sustentación”, surgen importantes aspectos que no es dable que se pasen como desapercibidos, y específicamente respecto no solo a la obligada pasividad que se le termina imponiéndosele al demandante, sino de contera, a las también limitadas intervenciones de los “no recurrentes”, quienes tendrán que circunscribirse al marco de la demanda escrita previamente presentada por el recurrente, con el ítem que en la mayoría de los casos, todo se remite a la lectura que cada sujeto procesal lleva preparada, incluyendo al Fiscal y el Procurador Delegado ante la Corte, desconociéndose el sistema procesal bajo el cual se adelantó el proce-

so, que lo ha sido bajo el “acusatorio”, exigiéndose su oralidad, en virtud de la cual, y frente a la “igualdad de armas” entre las partes, estas puedan intervenir para evitar que en la sustentación del recurso o en la intervención de los no recurrentes, su contraparte trate de incorporar elementos materiales probatorios o evidencias físicas nuevos para que tomen el carácter de pruebas, ya que el momento para ello, para este momento procesal, ya estaría superado, o acudir a nuevos argumentos, distintos a los expuestos en la demanda, pues en este sistema, el juez se ve imposibilitado de contrarrestar su uso, correspondiéndole la objeción u oposición de estos proceder únicamente a las partes, y al no poder intervenir tendría que resignarse a ver como se desperdicia todo el esfuerzo que se hizo dentro del proceso para poder demostrar una teoría del caso.

Por ello, es necesario que se le dé a las partes herramientas como las oposiciones para evitar, de una parte, que se conviertan en convidados de piedra y, de otra, que el juez en procura de enderezar los planteamientos o intervenciones de estas, se contamine con aspectos externos, tanto a los probados en el proceso como a los exigidos por la técnica, los cuales no pueden ser objeto de valoración previa del juez para oponerse, sin que sea descabellado reconocer la admisión de algunas de las oposiciones del juicio oral que resulten compatibles y de posible ocurrencia en esta etapa de extraordinaria impugnación.

Y, esto es importante, porque como está diseñado actualmente el trámite casacional, con la referida mixtura entre inquisitivo y acusatorio, al exigirse la doble sustentación del recurso, escrita y oral, bien podría aprovecharse la sustentación oral para darle la dimensión que corresponde a un proceso que en sus dos instancias previas se ha surtido mediante el sistema oral, para que esta audiencia se desarrolle dentro de este contexto, y no en el verdadero sin sentido que hoy en día tiene, pues todo se ha remitido, a una simple formalidad, en la que como se ha visto, el recurrente prácticamente no puede intervenir, por la sencilla razón que sus censuras ya las ha expuesto previamente en la demanda escrita, y por tanto,

³¹ VELÁSQUEZ NIÑO, Jorge: Op. cit. pág. 176.

“nada nuevo” podrá exponer, y en cuanto se refiere a los “no recurrentes” y al Ministerio Público, sus intervenciones se contraen a la valoración de la demanda escrita presentada previamente por el recurrente, generalmente leídas en el mismo acto, sin que le sea autorizado a las partes proponer objeción alguna a estas intervenciones.

d) **El incidente de reparación:** Y, aquí, en cuarto lugar, aparece otra inquietud, no menos importante, y quizá de mayor trascendencia sustantiva, en cuanto se refiere al “incidente de reparación” previsto en el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que mientras en aquella disposición se preveía su realización una vez “emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado”³², en la reforma únicamente procede “en firme la sentencia condenatoria”³³, pues, esta modificación ha generado, a nuestra forma de ver, una compleja situación en punto del mismo recurso de casación, ya que en aquellos delitos como el peculado por apropiación previsto en el artículo 397 del Código Penal, respecto del cual se establece como circunstancia de atenuación punitiva “la reparación de lo apropiado”, como lo dispone el artículo 401 del mismo Código, puede darse el evento en el que sea en este incidente de reparación cuando se demuestre, por ser la oportunidad de hacer esta demostración, que directamente o por “tercera persona”, el reintegro ya se había hecho antes del proferimiento de la sentencia de segunda instancia, necesariamente ya ejecutoriada

³² El artículo 102 original de la Ley 906 de 2004, disponía: “Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes”.

³³ El artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, modificatorio del artículo 102 de la Ley 906 de 2004, dispone: “En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante”.


para ese momento, razón por la cual, ya no habría oportunidad procesal para que se le reconociera al procesado la reducción punitiva que ese hecho implica, y por ende, tampoco se posibilitaría el recurrir en casación, quedándose, así, este beneficio punitivo sin reconocimiento, pues la causal cuarta del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 hace referencia es al ataque casacional, pero para los efectos de la reparación por parte de la víctima, con lo cual no se garantiza que el juzgador del incidente pueda a través del fallo de este reconocer la diminuyente por tener presente que la restitución hace parte de la reparación integral exigida hoy en día por todos los ordenamientos que tratan la temática indemnizatoria, ni tampoco que tal situación pueda ser conocida en sede de casación, por resultar en este evento aplicables sólo las causales de casación civil, de acuerdo con lo previsto por el numeral cuarto del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

En estas condiciones, es claro que la reforma introducida por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, ha generado este inconveniente, ya que mientras en la norma original el “incidente de reparación integral” procedía una vez anunciado el sentido condenatorio del fallo, lo cual posibilitaba que en la sentencia se hiciera el respectivo reconocimiento de la atenuación punitiva, ahora, al solo poder hacerse una vez cobre ejecutoria la sentencia, es decir, cuando ya se hubiere proferido el fallo de segunda instancia, momento hasta el cual es posible que se reconozca la referida restitución del objeto de apropiación, es evidente que se torna necesaria una reforma al respecto para que la norma procesal modificada quedare en los términos del texto original, o que por la vía de la casación se establezca legalmente una posibilidad de ataque, y cuando menos, un desarrollo jurisprudencial al respecto.

Son, entonces, estas inquietudes, entre otras, sobre la actual regulación del recurso de casación, que, a nuestro modo de ver, imponen su pronta revisión normativa y jurisprudencial, para efectos de armonizar el sistema procesal adoptado y hacer más operante esta extraordinaria forma de impugnación. ■

“En esta publicación rendimos un homenaje a los soldados y policías de la patria que sufren el flagelo del secuestro, elevando una plegaria



The background features several silhouettes of people, including a man, a woman, and children, some holding hands. In the foreground, three military caps are displayed on a dark surface. The caps are dark blue and black with gold embroidery and insignia. The central cap has a large gold winged emblem with a shield in the center. The cap on the right has a smaller gold emblem with a shield and a rope-like band. The cap on the left is partially visible, showing a gold laurel wreath.

al Todo Poderoso para que no olviden que son hombres libres y que el verdugo podrá encadenar sus cuerpos, pero nunca sus mentes”.

C.C.M.P.

La priorización: un nuevo modelo de gestión de la investigación penal

Doctor Alejandro Ramelli Arteaga, Jefe de la Unidad Nacional de Análisis y Contextos (UNAC),
Fiscalía General de la Nación



El concepto de priorización

La priorización, en términos sencillos, no es más que una técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre peticiones ciudadanas de justicia con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad material, el goce efectivo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Se trata de un modelo aplicado en varios países anglosajones, así como en algunos latinoamericanos como Chile, al igual que por los Tribunales Penales Internacionales. Sin embargo, en relación con estos últimos, la priorización, antes que una técnica de gestión judicial ordinaria, constituye un principio que orienta el ejercicio de las competencias de aquellos; en el caso de la CPI, complementaria frente a las jurisdicciones internas.

Ahora bien, hay que aclarar que, de manera alguna, la priorización comporta la renuncia al ejercicio de la acción penal, lo cual equivaldría, en la práctica, a una suerte de perdón o amnistía. De lo que se trata, por el contrario, es de racionalizar el ejercicio de la labor investigativa a cargo de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de conseguir unos objetivos estratégicos, de conformidad con unos lineamientos de política criminal.

En tal sentido, la aplicación de criterios de priorización en materia investigativa puede asimilarse a la estructuración de una suerte de “triage”, a semejanza de los vigentes en cualquier sala de urgencias de un hos-

pital. En efecto, pensemos que, en tales casos, los pacientes no son atendidos en estricto orden de ingreso a la institución, sino tomando en consideración criterios tales como: la gravedad de las heridas, la calidad de ser menor de edad o, incluso, disponer que la persona debe seguir el trámite ordinario de atención, es decir, solicitar previamente una cita. Pues bien, tales modelos de gestión pueden ser aplicados, *mutatis mutandis*, en materia judicial. De hecho, seguir sosteniendo que las diversas demandas de justicia deben ser atendidas al mismo tiempo, termina por configurar una grave vulneración del derecho a la igualdad en materia de acceso a la administración de justicia.

Sobre el particular, en Chile, por ejemplo, el establecimiento de criterios de priorización hace parte del respectivo Plan Estratégico de la Fiscalía General de la Nación.

En Colombia, los debates académicos sobre priorización de situaciones y casos, iniciaron en el contexto de la aplicación de Ley 975 de 2005 o “Ley de Justicia y Paz”. En tal sentido, se ha sostenido que “en la comunidad internacional es poco probable encontrar apoyo para las tesis maximalistas que exigen plena exhaustividad en las investigaciones e imputaciones adelantadas por la Unidad de Justicia y Paz en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Estas tesis sostienen que es necesario juzgar *todos* los delitos cometidos e investigar a *todos* los responsables de crímenes contra el derecho internacional, en el contexto del conflicto armado colombiano” (López Medina, 2010, p. 67).

En la actualidad, la controversia apunta a determinar si, más allá del ámbito del proceso de justicia y paz, se pueden aplicar criterios de priorización, en especial, en materia de violaciones graves a los derechos humanos.

Al respecto, la adopción del Acto Legislativo 01 de 2012, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” amplió notoriamente el panorama de la discusión, en la medida en que, por una parte, establece que “tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional” y, por la otra, faculta al Fiscal General de la Nación para determinar “criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal”.

De tal suerte que, en la actualidad, la técnica de priorización de situaciones y casos tiene rango constitucional, lo cual no significa que, antes de ello no contara con otros fundamentos en la Carta Política, en especial, los siguientes: el deber estatal de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 2); el derecho a la igualdad (art. 13); la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 93); así como las facultades constitucionales del Fiscal General de la Nación en materia de política criminal (arts. 250 y 251).

Sobre el particular, la Corte Constitucional consideró (Corte Constitucional, C-873 de 2003) que el Fiscal General de la Nación cuenta con facultades para expedir directivas encaminadas a regular “aspectos fácticos o técnicos del proceso de investigación, así como a asuntos jurídicos generales de índole interpretativa, y pueden fijar prioridades, parámetros o criterios institucionales para el ejercicio de las actividades investigativas, así como designar unidades especiales para ciertos temas”.

En pocas palabras, la Constitución estipula que es deber estatal garantizar los derechos y las libertades ciudadanas, más no impone una única manera o modelo de gestión judicial para ello. De allí que las autoridades encargadas de diseñar estrategias en materia de persecución penal del delito, cuenten con un amplio margen de discrecionalidad en la materia; el único límite, consiste en que los medios seleccionados no desconozcan la Carta Política.

La noción de delito complejo

El establecimiento de criterios de priorización va de la mano del concepto de “delito complejo”. En otras palabras, la debida aplicación de aquellos depende de comprender que no todos los delitos merecen la misma atención ni idéntico despliegue de recursos técnicos y logísticos.

Fotografía extraída de: <http://hsbnoticias.com/vernorticia.asp?wplaca=33063>

“La priorización, en términos sencillos, no es más que una técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre peticiones ciudadanas de justicia con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad material, el goce efectivo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia”.



Al respecto, por ejemplo, la Fiscalía chilena, en el texto de su “Plan Estratégico”, considera que, si bien no existe un único concepto o definición, un delito puede ser calificado con complejo, tomando en cuenta ciertos criterios tales como: (i) presencia de una organización delictiva; (ii) carácter supranacional del delito; (iii) necesidad de utilizar medios complejos para investigar a los delincuentes, en especial, el tipo de peritaje; (iv) alta probabilidad de que el delito implique la comisión de otros más; (v) calidad de los involucrados, lo cual desborda el empleo ordinario de técnicas de investigación estándar (Ministerio Público, 2009, p. 25).

Algunos autores, por su parte, estiman que los delitos complejos se caracterizan por ser aquellos que “exigen

y exponen la capacidad instalada del sistema de administración de justicia penal, considerado como un todo, para dar respuesta a una demanda institucional que se sitúa en los niveles más básicos y primitivos de la propia estructura del estado moderno. Es decir, aquellos que por su gravedad, impacto social o alcance de sus efectos, ponen en cuestión una de las bases principales del supuesto pacto social, en particular, aquella relativa al fin y al cabo a la renuncia de la autotutela, promesa moderna que se traduce en la entrega a la sede pública del monopolio del uso de la fuerza” (De la Barra Cousiño, 2010, p. 159).

En cuanto a las principales características que ofrecen los delitos complejos se hallan las siguientes: (i) impacto pú-

blico del hecho, es decir, aquellos que marcaron la agenda pública en materia de justicia criminal; (ii) aquellos que constituyen un reto para el sistema de investigación penal, en comparación con los que enfrenta de manera rutinaria y masiva; y (iii) suelen crear un elevado grado de traumatismo en el sistema de administración de justicia penal (De la Barra Cousiño, 2010, p. 161).

Como puede advertirse, en Chile, los denominados “delitos complejos” se encuentran muy relacionados con el fenómeno del narcotráfico, tomando además en cuenta que, la mayoría de delitos son calificados como “de menor complejidad”. Por el contrario, en nuestro caso, el panorama de delitos complejos resulta ser muy amplio, infortunadamente. Sin embargo, el denominador común es el mismo: se trata de crímenes perpetrados por organizaciones profesionales, e incluso, por los denominados “aparatos organizados de poder”.

Los criterios de priorización

El establecimiento de criterios de priorización, como se ha anunciado, constituye un elemento esencial para la administración de justicia penal internacional, por cuanto esta suele ser complementaria o subsidiaria de las estatales. En efecto, jamás un tribunal penal internacional ha pretendido investigar hasta el último involucrado en la comisión de crímenes *de lesa humanidad*, de guerra o genocidio. De allí que, necesariamente debe emplear alguna suerte de parámetro o criterio para realmente “seleccionar” a quienes son considerados los máximos responsables en la comisión de aquellos.

No resultaría útil, ni tampoco necesario, realizar un listado exhaustivo de los diversos criterios de priorización que han sido empleados por los distintos tribunales penales internacionales que han existido o que existen, tales como: Tribunal Penal Militar Internacional de Nüremberg; Tribunal Penal Militar del Extremo Oriente; Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia; Tribunal Penal Internacional para Ruanda; Corte Penal Internacional, amén de ciertos tribunales internacionales mixtos (Cambodia, Sierra Leona, Libano y Timor oriental). Basta entonces con señalar que, la Fiscalía General de la Nación, tomando en conside-

ración tales experiencias internacionales, ha diseñado los siguientes criterios de priorización:

- a) **Subjetivo.** Toma en consideración las calidades particulares de la víctima (v. gr. integrante de un grupo étnico, menor de edad, mujer, defensor o defensora de derechos humanos, desplazado, funcionario judicial, etcétera), así como la caracterización del victimario (v. gr. máximo responsable, auspiciador, colaborador, financiador, ejecutor material del crimen, etc.).
- b) **Objetivo.** Parte de analizar la clase de delito perpetrado, así como su gravedad, en términos de (i) afectación de los derechos fundamentales de la o las víctima(s) en particular y de la comunidad en general; y (ii) modalidad de comisión del delito.
- c) **Complementario.** Existen diversos criterios complementarios tales como: región o localidad donde se perpetraron los crímenes; riqueza probatoria y viabilidad del caso; impacto sufrido en la comunidad; examen del caso por un órgano internacional de protección de los derechos humanos y riqueza didáctica, entre otros. (Directiva núm. 0001 del 4 de octubre de 2012, “*por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación*”).

A modo de conclusión, podemos decir que, el modelo vigente de gestión de la investigación penal, fundado en que todas demandas de justicia deben ser atendidas por el poder judicial al mismo tiempo y de igual forma, sin tomar en cuenta criterios materiales diferenciales, tales como, entre otros, la calidad y el interés de la víctima, el grado de responsabilidad del investigado, la clase de delito de que se trate, el impacto que la conducta criminal produjo en determinada comunidad y la riqueza probatoria con que se cuente, produce, en la práctica, resultados manifiestamente inequitativos en términos de goce efectivo de los derechos sustanciales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, así como del derecho de los investigados a ser procesados en un plazo razonable, al igual que a satisfacer el derecho a la verdad de la sociedad en su conjunto. ■

Inquietudes sobre el marco jurídico para la paz

Mayor General (r) Juan Salcedo Lora¹, ex presidente de Acore y del Cuerpo de Generales y Almirantes, y presidente de ASOCACI (exalumnos de los cursos CAEM y CIDENAL de la Escuela Superior de Guerra).



El pasado 14 de junio el Congreso de la República aprobó el Marco Jurídico para la Paz, Acto Legislativo No. 1 de 2012, promulgado el 31 de julio, que impulsó el Gobierno Nacional. En su recorrido como proyecto surte su aprobación en el Senado por 58 votos a favor y 2 en contra. Igualmente, en la Plenaria de la Cámara de Representantes fue aprobada, por 89 votos a favor y 8 en contra, la conciliación de la reforma constitucional.¹

El acto legislativo determina que los instrumentos de justicia transicional tendrán como finalidad la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera, garantizando la seguridad de los colombianos. Para ello, establece unas medidas de carácter excepcional:

a) Con el fin de hacer efectiva la investigación de los procesos de justicia y paz, establece la posibilidad de clasificar y priorizar los delitos para que la justicia se concentre en la investigación y sanción de quienes tuvieron la mayor responsabilidad en la ocurrencia de los hechos más graves, disponiendo que la ley podrá diseñar instrumentos de justicia transicional, de carácter no judicial, que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción de quienes tuvieron menor responsabilidad.

- b) Se podrán establecer criterios de priorización y selección de casos para ser juzgados por medio de mecanismos judiciales o no judiciales. El Gobierno Nacional será el encargado de presentar al Congreso los proyectos de ley que determinen dichos criterios.
- c) El legislador podrá ordenar la renuncia a la persecución penal de los casos que no sean seleccionados o priorizados. Cuando esto ocurra, se debe ordenar la aplicación de mecanismos colectivos y no judiciales de investigación y sanción.
- d) Cuando por iniciativa del Gobierno Nacional, así lo disponga el Legislador por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara, los miembros de grupos armados al margen de la ley que se desmovilicen podrán acceder a cargos de elección popular y ser designados como servidores públicos.

¿Qué es el Marco Jurídico para la paz?

No por su extensión, pero sí por su contenido, es una reforma constitucional importante para el futuro, que contiene en su articulado un instrumento de justicia transicional en el “marco de un acuerdo de paz”, que en ese momento no tenía un destinatario, pero se presentía que algo estaba pasando en el alto gobierno para preparar tempranamente instrumento de tanta importancia. Es decir, el proceso exploratorio para la paz, estaba latente y el tiempo puso de manifiesto la existencia de contactos reales con

¹ Miembro de la Comisión de Conciliación de la Iglesia y miembro de la Comisión Asesora del Gobierno para la Reforma de la Justicia Penal Militar (Fuero Penal Militar).



“El acto legislativo determina que los instrumentos de justicia transicional tendrán como finalidad la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera, garantizando la seguridad de los colombianos”.

las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), realizados en Cuba, entre emisarios del gobierno y su parte correspondiente de los subversivos, siendo la razón de ser y existir del acto legislativo preparado estratégica y tempranamente antes de que apareciera en el firmamento la posibilidad de una salida negociada del largo conflicto armado interno.

En declaración trascendental del 4 de septiembre, el propio Presidente Juan Manuel Santos, le informó al país de la íntima convicción que le alentaba, para que Colombia tuviera al fin una oportunidad real para acabar con el conflicto armado. Ese día arrancó con la atención permanente de los colombianos, ávidos de paz y esperanzados en obtenerla por caminos distintos a las hostilidades. Había ya un remedio para la larga enfermedad de la violencia y un nuevo proceso de paz como clínica segura y confiable para administrarla. La existencia de una reforma parcial a nuestra Constitución, con un contenido trascendental en su expresión, pero nada fácil en su aplicación de “tratamientos diferenciados”, se convertía en la gran alternativa para salir del embrollo que representaba el enfrentamiento violento entre un enorme universo de poseedores de las armas legales e ilegales de la nación, vale decir, grupos armados como las Farc y los que se agreguen en el camino del proceso, pero igualmente agentes del Estado involucrados en el conflicto armado, o sea, todos, porque la Fuerza Pública en pleno está empeñada en los campos de batalla urbanos y rurales, donde la criminalidad se ha hecho presente.

El articulado del Marco Jurídico para la Paz es breve en su contenido, como lo advertimos, pero amplio y de difícil aplicación, así:

El artículo 1º crea una “comisión de la verdad” con la función importante de aplicar criterios de selección. Dicho organismo estaría presidido por el Fiscal General de la Nación, quien definirá los criterios de priorización para la acción penal. A su vez, el Congreso, mediante una ley estatutaria, deberá establecer a quiénes se les debe aplicar el rigor de la ley por los crímenes de lesa humanidad que cometieron y también será función del Congreso, establecer “los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena” y autorizará “la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”.

Este artículo tiene tres requisitos, el primero de ellos es el de acoger a todos aquellos grupos armados, que participen del conflicto armado y que dejen las armas, reconozcan su responsabilidad y contribuyan a esclarecer la verdad y reparen a las víctimas. El segundo requisito, es que la “suscripción de cualquier acuerdo de paz requerirá la liberación previa de los secuestrados en poder del grupo armado al margen de la ley” y, finalmente, que bajo ningún caso se podrá “aplicar instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno”, ni cuando el desmovilizado vuelva delinquir.

El artículo 2º faculta al Congreso para que en cuatro años profiera las leyes que regulen esta materia. El artí-

“La existencia de una reforma parcial a nuestra Constitución, con un contenido trascendental en su expresión, pero nada fácil en su aplicación de ‘tratamientos diferenciados’, se convertía en la gran alternativa para salir del embrollo que representaba el enfrentamiento violento entre un enorme universo de poseedores de las armas legales e ilegales de la nación”.

culo 3° crea un apartado transitorio en la Constitución, el 67, que instaura una ley estatutaria que regulará “*cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política*”.

Herramientas para nuevos procesos

Existen varias herramientas similares al Marco Jurídico para la Paz, como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448/2011), destinada a dictar medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, que de acuerdo con información del Ministro de Agricultura Dr. Juan Camilo Restrepo, publicada en *El Tiempo* el 21 de octubre de 2012, indica que hasta el día 12 del citado mes, se han recibido 24.000 solicitudes de restitución por más de 1.800.000 hectáreas de tierras despojadas, en proporción de 715.138 (34.9%) por las Farc, 617.354 (34.6%) por paramilitares, 319.500 (20.5%) aún por definir, 141.495 por otros (6.2%), 7.866 (0.9%) por Bacrim y 47.630 (2,9%) Ns/Nr.

Otra herramienta muy importante y que tiene estrecha relación con la situación de los miembros de la Fuerza Pública es el acto legislativo que brinda a los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional las garantías de seguridad jurídica que requiere su accionar y su compleja misión institucional. El acto legislativo busca que a través de una ley estatutaria y otra ordinaria se desarrollen las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar y se regule una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

Hay esperanzas de paz nuevamente, no muy afinadas, pero esperanzas al fin, renace la confianza cuando en la comisión negociadora del Gobierno se incluye a dos distinguidos miembros de la Fuerza Pública en retiro, los Generales Jorge Mora Rangel y Óscar Naranjo, el primero ex comandante de las Fuerzas Militares, y el segundo ex director de la Policía Nacional. No será fácil esta vez saltar por encima de la experiencia de estos dos distinguidos generales, cuando se trate de obtener las ventajas consabidas por parte de los sediciosos en la mesa de conversaciones.

Para este proceso en particular, fue importante reconocer la existencia del conflicto armado interno, lo cual casa perfectamente con los lineamientos del Derecho Internacional Humanitario y este debe tomar la posición privilegiada a la hora de los juzgamientos que se esperan con las normas implementadas durante este Gobierno y valdría la pena descartar de una vez por todas, la palabra “negociación”, porque ella significa siempre al final de un proceso, que alguien gana y la parte contraria pierde. Sin importar el lado de la balanza que se inclina, no conviene presentar ese balance de saldos rojos para una parte afectada.

Leyes especiales para situaciones especiales, alternatividad penal

Una vez más se acude a leyes especiales para resolver situaciones especiales y un conflicto armado interno de larga duración. Para quienes amenazan con la Corte Penal Internacional, es bueno recordarles que esta es una Corte que actúa solamente en ciertos casos, particularmente cuando la justicia interna de los Estados no actúa o lo hace con serias deficiencias. Así las cosas, nuestra justicia tiene la prelación en el juzgamiento de todo tipo de crímenes, en cuyo caso, la CPI es complementaria a la nuestra y actúa cuando lo pide un Estado, el Consejo de Seguridad de la ONU o el Fiscal de la Corte. La experiencia de intervención de esa alta corte es bastante reducida, lo ha hecho especialmente en algunos Estados africanos, y ello debido a que no tenían la capacidad para adelantar los serios procesos internos. Para mayor información bastaría preguntar por qué no ha actuado en los graves crímenes de Guantánamo, Irak, Afganistán, hoy en Siria o en Colombia.

Temores y rencores cunden por doquier, por parte de quienes saben bastante, pero también por quienes desconocen el pasado, para estos es casi imposible ver un asomo del futuro. Cuando se tramitaban en 2004 las leyes de alternatividad penal, el reconocido periodista Armando Benedetti Jimeno², con mucha propiedad y conocimiento, apuntaba en su columna que “*Este es*

² RINCÓN CARIBE. Patente a la tragedia (marzo 14 de 2004).

uno de los ejemplos más claros de las dificultades de que la paz no sea 'rentable' para quienes deben desistir de la guerra. Para 'Castaño', 'Mancuso' y compañía ilimitada, la ventaja de una paz que no usufructuarían, sino que, al contrario, tendrían que pagar con cárcel, extradición, devolución de riquezas, reparación a las víctimas, pérdida de territorios y debilitamiento militar, es una paz que no se hará, al menos en términos de un acuerdo... (*) ... Los guerrilleros no escapan a ese círculo infernal. Una paz que no les dé el triunfo que no obtuvieron en la guerra, que les impida reinstalar a los combatientes excarcelados en el conflicto que no desean terminar; una que los lleve a la cárcel o a la extradición, una, en fin, que tampoco olvide ni perdone que sus manos están manchadas de secuestro, de asesinatos, de extorsión sin misericordia, de narcotráfico es, también, una paz inviable".

Para estas calendas, y sobre el mismo tema de la alternatividad penal pero cubriendo con su visión el futuro que se vive hoy, el politólogo Eduardo Pizarro³ ana-

lizaba las dos posiciones extremas del país polarizado, así: "de una parte, el 'minimalismo pragmático', el cual argumentaba que el logro de la paz justificaba hondos sacrificios en el plano de la verdad, la justicia y la reparación. Por otra parte, un 'maximalismo moral', según el cual era indispensable que la ley tuviera por el contrario altísimos estándares en esas tres dimensiones. Quienes defendían la primera postura consideraban que las negociaciones de paz eran un problema exclusivamente de índole política. Por el contrario, quienes abogaban por la segunda posición reducían el problema a un simple sometimiento a la justicia. Es decir, los primeros dejaban por fuera a la justicia y los segundos a la política".

Agregaba Pizarro que "ambos se equivocaban, pues, ni una ni otra postura permitía alcanzar la paz. La primera, debido a la indignación de la comunidad nacional e internacional frente a una política de paz fundada en altísimos niveles de impunidad. La segunda, porque los estándares que se exigían hacían imposible lograr una salida negocia-

³ Eduardo Pizarro León Gómez (2/9/2005) ¿Una ley para la impuni-

dad? ARI N° 108/2005. Análisis 42.



da al conflicto. Lo preocupante era que en este aparente error de apreciación lo que se ocultaba fuera, en realidad, un perverso cálculo estratégico, que consistía en que quienes defendían el “maximalismo moral” con respecto a la desmovilización de los grupos paramilitares fueran mañana a ocupar el campo del “minimalismo pragmático” cuando llegara el momento de las negociaciones con la guerrilla. Y viceversa. Que quienes defendían el “minimalismo pragmático” en las actuales negociaciones con los paramilitares, fueran mañana a exigir duras penas cuando llegara el momento de la paz con las Farc y el Eln”⁴.

Buscar un punto de equilibrio era y será la solución, porque tales extremos se darán nuevamente. Se requerirá indudablemente una justicia posible y una impunidad necesaria.

Otros, como Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso⁵ en el 2004, aferrados a la justicia, manifestaban que “No existen fórmulas únicas satisfactorias sobre cómo debe una sociedad enfrentar las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario en un eventual proceso de paz, pues existen tensiones inevitables entre los reclamos de justicia y las restricciones impuestas por las negociaciones. Además, los distintos países presentan relaciones de fuerza entre los actores distintas y posibilidades de compromiso diversas, por lo que cada transición es específica... (*) ... En Colombia, los modelos radicales de justicia transicional no son viables políticamente ni deseables éticamente ni jurídicamente. Así, una “transición punitiva”, fundada en la idea de castigar a todos los responsables de crímenes de guerra o de lesa humanidad, es inviable, pues supone circunstancias que no se presentan en el país, en especial la existencia de una voluntad política capaz de imponer los tribunales, como lo hicieron los aliados en Nuremberg y en Tokio, o el Consejo de Seguridad en Yugoslavia y Rwanda”.

Los mismos analistas Uprimny y Lasso, refiriéndose a la justicia transicional de la cual critican los modelos radicales, dicen que, “la justicia transicional debe reali-

zar todos los esfuerzos necesarios por cumplir esas obligaciones, por lo que no sólo el Estado debe establecer mecanismos para satisfacer la verdad –como comisiones de verdad– y reparar a las víctimas, sino que además no son admisibles amnistías o perdones generales por crímenes de lesa humanidad o de guerra”.

Parece que en ese foro, todos estaban de acuerdo, afloraba el maximalismo al que se refiriera Eduardo Pizarro, por cuanto Catalina Botero⁶ explicó que “la Justicia Transicional surge por la necesidad de construir criterios de justicia, relativamente distintos a los tradicionales, a los que operan en sociedades ordenadas en tiempos de paz” ... (*) ... “Su finalidad es regular procesos de transición de la dictadura de la democracia o procesos de paz, para poder hacer frente a los crímenes del pasado sin poner en riesgo la transición y para poder consolidar el Estado de Derecho”, y que, “Nunca se podrá justificar dentro de la idea de justicia transicional la autoamnistía, el perdón absoluto a personas que han cometido crímenes de guerra o lesa humanidad, atrocidades sistemáticas, eso no está amparado por una justicia transicional, ya que esa conceptualización no la reconocería la comunidad internacional como una transición legítima hacia el Estado de derecho”, para sentenciar finalmente, “No puede haber amnistías, indultos, perdones, no se puede relajar la obligación de reparar, la obligación de la verdad, simplemente porque el Estado considera que llegó la hora de hacer las paces”.

Angelino Garzón⁷ nuestro Vicepresidente, aseguró entonces “que en Colombia se debe debatir el tema sobre el tratamiento que tendrán los miembros de la Fuerza Pública que ‘cometan errores’ en el marco de un conflicto armado, porque, según él, muchas veces la ley es más dura con los uniformados que con los integrantes de grupos armado ilegales”. “Permítanme decirles que a veces la ley es 4 o 5 veces más dura con los integrantes de las Fuerzas Militares y de Policía que con los de los grupos armados ilegales. Es una reflexión hacia adelante, pero es inevitable que se ven-

⁴ Ibidem.

⁵ Rodrigo Uprimny, Luis Manuel Lasso, “Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones”, 2004.

⁶ Delegada de Fundación Social, ex magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional y ex coordinadora, División de Promoción y Divulgación Defensoría del Pueblo. Participó en el III Seminario Codhes en el Panel 3, de Justicia, verdad, reparación y restablecimiento.

⁷ *El Espectador / El Tiempo / Caracol* / fecha: 21 de junio de 2011.

ga este debate" –agregó– “que con el reconocimiento del conflicto armado en el país, es necesario que se estudien alternativas para el tratamiento de los uniformados que sean hallados responsables de irregularidades durante sus actuaciones”.

Ahora bien, ¿por qué las Farc rechazan el Marco Jurídico para la Paz? Si fue para ellos que se gestó, según analistas, esa figura jurídica aún no ha sido reglamentada. Simplemente porque en ella con algo o mucha impunidad, los cabecillas de las organizaciones pagarían penas en las cárceles. Cuando se dice en la norma que habría que establecer “los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena” se está apuntando a eso, pero ellos, los sediciosos, los terroristas, los alzados en armas también retroalimentan su desconfianza en lo que les pueda pasar al firmar la paz. Muy claro, con plena nitidez, lo dice la voz autorizada del experto en procesos de paz, Vicenç Fisas, asesor para acercamientos entre gobierno y las Farc, “Es muy simple: las Farc no van a dejar las armas para ir a pagar prisión... (*)... Es una advertencia de que los del Secretariado y los comandantes de frentes no están dispuestos a ir a la cárcel. Y esto de pagar cárcel, lo digo claramente, no ha sucedido en ningún lugar del mundo”⁸.

Comisiones de la verdad

Otra preocupación, es la creación dentro del Marco Jurídico para la Paz de una comisión de la verdad. Las experiencias no han sido buenas en el entorno internacional americano. Como norma de conducta quienes las dirigen siempre se han orientado a investigar y denunciar a las fuerzas defensoras de los Estados y jamás a tocar las correspondientes violaciones por parte de las fuerzas insurgentes enfrentadas a los Estados. Las reservas sobre tales comisiones son justificadas si repasamos algunos ejemplos latinoamericanos:

- Se creó en Brasil para investigar la violación de los Derechos Humanos durante las dictaduras mi-

litares de 1964-1979, de allí salió el libro “Brasil: nunca más”⁹.

- En Paraguay, en 1976, el Comité de Iglesias para la Ayuda de Emergencias (CIPAE)¹⁰ la recopila como “Hechos de violencia del Estado” encabezados por el general Stroessner, en la dictadura de 35 años. Publicarían cuatro tomos del libro “Paraguay: nunca más”.
- En Chile se crea la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación¹¹, para investigar las violaciones de los Derechos Humanos durante la dictadura del general Pinochet.
- En El Salvador se creó la Comisión de la Verdad, después de los acuerdos de paz firmados en 1991, con el fin de investigar los hechos de violencia cometidos por los oficiales de las FF. AA. Propuso recomendaciones al Gobierno, entre las que se destaca la depuración de las Fuerzas Armadas.
- En Perú se crea la Comisión de la Verdad¹², tras 12 años de gobierno militar, para investigar violación de los Derechos Humanos por parte de las fuerzas del Estado.
- En Argentina, tras la derrota en Las Malvinas, en 1983 se conformó la Comisión Nacional para la investigación de desaparición de personas, que se encargó de investigar la violación de Derechos Humanos ocurridos durante la dictadura militar. Una consecuencia de esta comisión de la verdad fue el procesamiento y condena de nueve generales y decenas de oficiales superiores, subalternos y suboficiales.

⁹ “Brasil Nunca más”, Arquidiócesis de Sao pablo, págs., 263, 272.

¹⁰ Dafne Sabanes Plou. “Campesinos por el derecho a la tierra en el Paraguay”. Asunción Paraguay, 16 febrero 2006.

¹¹ Rojas A. Robinsón. “Informe Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”. Santiago de Chile, marzo 1991.

¹² Chipoco Carlos. *El derecho a la verdad*, Lima, marzo de 1994.

⁸ Marisol Gómez, El Tiempo, 29 sept. 2012, 'Antes de Cuba, Chávez se reunió 8 horas con Timochenko': Vicenç Fisas.

Para no ir tan lejos en las experiencias de comisiones de la verdad, en Colombia en 1994 se realiza en Bogotá un seminario internacional sobre comisiones de la verdad, al que asistieron representaciones de Argentina, Chile, Uruguay y Bolivia, los cuales transmitieron sus experiencias en su lucha para impedir que las políticas de perdón y olvido se impusieran finalmente a nivel oficial en sus países, se generó entonces la visión de impulsar por organizaciones no gubernamentales en Colombia, un registro sistemático a largo plazo de las violaciones de Derechos Humanos por parte de agentes del Estado¹³. Tras una reunión en abril de 1995, por ONG, se realiza el proyecto 'Nunca Más' en Colombia, con el propósito de investigar y recolectar datos sobre la violación de Derechos Humanos por el Estado Colombiano.

Así pues, es más que justificada la necesidad que al conformarse una comisión de la verdad en Colombia, para la misma se escoja con lupa sus integrantes de tal forma que si bien no sean amigos de la Fuerza Pública del Estado, tampoco de sus enemigos.

Por otra parte, desde el exterior se ha dejado sentir la voz de José Miguel Vivanco, director de Human Rights Watch, quien declaró que la reforma era una "amnistía encubierta", coincidiendo con el ex Presidente Uribe al decir este que "en la práctica, equivale a amnistía o indulto". Ellos y todos los colombianos sabemos que por alguna vía tendremos que aproximarnos a las amnistías e indultos, abierta o veladamente, con la justicia actual o la justicia transicional, pero será imperiosa la llegada a tal punto. Desde la Fundación Ideas para la Paz, su directora¹⁴, comenta esas posturas que criticaron el instrumento aprobado, "la posición de HRW maximiza –o absolutiza– el valor de la justicia penal y considera inaceptable la posibilidad de seleccionar entre los victimarios a los más responsables de crímenes de lesa

humanidad y de guerra para ser sometidos a juicio. Mucho menos acepta la posibilidad de que –en determinados casos establecidos por Ley– se decrete la suspensión de la ejecución de la pena o la renuncia a la persecución judicial penal. En últimas, refuerza la tendencia de judicializar excesivamente los procesos de justicia transicional, rechazando la posibilidad de que a través de mecanismos extrajudiciales se puedan satisfacer también los derechos de justicia, verdad y reparación de las víctimas".

No todas las situaciones de países en conflicto se ajustan a la solución de una justicia transicional, pero al decir de Kofi Annan "el mejor enfoque no es generalmente una mera elección entre realizar juicios y/o tener comisiones de la verdad. En lugar de eso, una combinación de mecanismos determinada nacionalmente podrá funcionar mejor, incluyendo, donde sea apropiado, mecanismos tradicionales de justicia"¹⁵.

Conclusiones

1. El Marco Jurídico para la Paz es una herramienta del Gobierno, previamente calculada para aplicarse en un futuro previsible en corto plazo, a fin de emprender un proceso de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, y seguramente con el Ejército de Liberación Nacional, ELN. Pendiente de reglamentación.
2. La aplicación de la justicia transicional en conflictos internos, como en nuestro caso, es difícil, por la serie inmensa de inquietudes insatisfechas de casi cincuenta años de violencia generada de tipo subversivo, con altos estándares de criminalización de la guerra, en donde este tipo de justicia debe proveer respuestas por los crímenes pasados y lograr que la gente logre curar tanto rencor acumulado.
3. En la justicia transicional no hay un modelo que se ajuste a todas las necesidades. La ONU ha dado su apoyo en otros procesos, no similares al nuestro,

¹³ Proyecto Nunca Más, estrategia y campaña editorial en Europa a través del libro "Terrorismo de Estado en Colombia" de ediciones NCOS, difundido desde Bruselas en 1992 y el libro "Tras los pasos perdidos de la Guerra Sucia" ediciones NCOS, 1995, también difundido desde Bruselas.

¹⁴ María Victoria Llorente, Directora Ejecutiva Fundación Ideas para la Paz, mayo de 2012.

¹⁵ Informe de Kofi Annan, Consejo de Seguridad, "El Estado de Derecho y la Justicia Transicional en sociedades afectadas por conflictos pasados o presentes", 6 de octubre 2004 en Nueva York.

porque este es peculiar y extraño, pero lo hicieron construyendo “cuidadosamente de acuerdo al contexto, basado en evaluaciones nacionales, participación nacional, y en las aspiraciones y necesidades nacionales”, lo aplicable internacionalmente no debe ser regla común, pero lo han hecho basados en que, “la justicia, la paz y la democracia se refuerzan mutuamente”¹⁶.

4. El Marco legal dice que “La ley podrá diseñar instrumentos de justicia transicional, de carácter no judicial, que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción de quienes tuvieron menor responsabilidad y que se podrán establecer criterios de priorización y selección de casos para ser juzgados por medio de mecanismos judiciales o no judiciales”. Son pasos verdaderamente críticos en donde la microcirugía jurídica debe sopesar contenidos y candidatos. Si en ello, se nota la presencia y asistencia del Centro Internacional para la Justicia Transicional (CIJT), es recomendable que desde allí se orienten mecanismos propios para nuestro conflicto y no necesariamente de justicia internacional, considerando el universo impresionante de posibilidades y de equilibrios necesarios.
5. Si al Congreso se le deja la seria responsabilidad de diseñar la ley estatutaria, que establezca a quiénes se les debe aplicar el rigor de la ley por los críme-

nes de lesa humanidad cometidos, así como establecer casos, requisitos y condiciones en los cuales procedería la suspensión de la ejecución de la pena y la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, será el tema grueso que tendrán que asumir los congresistas y socializarlo con la comunidad colombiana y a la internacional. ¡Dios los ilumine!

6. Finalmente, otro terreno lleno de arenas movedizas, será el Artículo 3º, que crea un apartado transitorio, el número 67 de C.P., que instaura una ley estatutaria para regular los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política, considerado por los escépticos como la puerta falsa para que llegue la insurgencia al Congreso y a otras corporaciones públicas.
7. Para los creyentes, para los esperanzados, para el pueblo raso de Colombia, para quienes tenemos fe en el Estado y sus dirigentes, los instrumentos creados y los existentes, todos a una: el proceso de paz que se gesta es la única medida próxima y cierta de una salida negociada del conflicto. También consideramos que de no darse, tendrá que seguirse doblando a los movimientos guerrilleros por la fuerza de los argumentos bélicos, lo que no se pudo dar en el modelo político, en la concepción magistral del estratega Carl von Clausewitz. ■

¹⁶ Ibidem.

“Para los creyentes, para los esperanzados, para el pueblo raso de Colombia, para quienes tenemos fe en el Estado y sus dirigentes, los instrumentos creados y los existentes, todos a una: el proceso de paz que se gesta es la única medida próxima y cierta de una salida negociada del conflicto”.

El plazo razonable como garantía procesal

Mayor Heidy Johana Zuleta Gómez¹, Juez Tercera de Brigada



Desde un punto de vista dogmático, un proceso penal cuya tramitación supera el plazo razonable, esto es, de duración excesiva, no sólo lesiona el derecho del investigado a ser juzgado rápidamente, sino que también afecta a todos y cada uno de sus derechos fundamentales y sus garantías procesales reconocidas en la Constitución y en normas de Derecho Internacional.

Palabras clave: Debido proceso, plazo razonable, garantía, *Jus Cogens*, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El concepto de “plazo razonable” ha sido desarrollado en Colombia por las Altas Cortes en variada jurisprudencia y el mismo ha sido recogido en la Constitución Política de Colombia en su artículo 29, el cual establece que: “quien sea sindicado tiene derecho a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”, con el fin de brindar una protección a todas aquellas personas que están afrontando una causa judicial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), al igual que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia colombiana, han expresado que el plazo razonable, es el derecho que regula la prerrogativa del imputado a que su proceso termine tan pronto como sea posible.

Es indiscutible la importancia del plazo razonable en un proceso penal pues allí se compromete incluso la

libertad individual; no tiene lógica que un Estado con todo un aparato judicial sea incapaz de llegar a establecer la verdad en un corto tiempo.

El plazo razonable se encuentra regulado en el art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales reproducido literalmente por el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Entonces en materia penal el derecho al plazo razonable adquiere otra dimensión, pues, el inculcado detenido o retenido tiene derecho a su libertad cuando la garantía no ha sido cumplida. Para la Corte Interamericana, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable “tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”².

Elementos del plazo razonable

No resulta fácil elaborar un concepto de “plazo razonable” como acertadamente lo ha señalado la Corte Interamericana³. Para ello es preciso recurrir a circunstancias que, una vez valoradas nos hagan ver si el lapso durante el cual se ha desarrollado un proceso se encuentra dentro de lo que podríamos llamar “dura-

¹ Abogada. Especialista en Derecho Penal, Derecho Penal Militar, Derecho Probatorio, Derecho Procesal General y Derecho Procesal Penal. Magister en Defensa de los DH y DIH ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales, Juez Tercera de Brigada.

² CIDH, Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 70.

³ CIDH, Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 77.

ción razonable” o si por el contrario, la prolongación constituye una indebida superación de ese límite.

Siguiendo los lineamientos del Tribunal Europeo, la CIDH ha sostenido:

*“Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales”*⁴. Así mismo, la CIDH ha considerado importante tomar otro criterio desarrollado por la Corte Europea para determinar la razonabilidad del plazo de duración de un proceso: el análisis global del procedimiento⁵.

De esa manera la CIDH, no se inclina por establecer un plazo determinado como el máximo de duración de un proceso sino que señala unos criterios que deben ser evaluados en cada caso para determinar si se ha conculcado o no la garantía del plazo razonable de duración de un proceso.

Para tal efecto la CIDH se vale del test del análisis global del procedimiento (mismo que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)⁶, dentro del cual se valora primero si el caso es complejo o si por el contrario es sencillo (participantes, incidentes e instancias procesales), para luego en segundo lugar analizar la actividad procesal llevada a cabo por el interesado (si ha entorpecido el trámite, si se han presentado recursos dilatorios, o si por otro lado no se han dado de parte suya acciones que propendan a retrasar el trámite y demorarlo), en tercer lugar determinar la conducta de las autoridades judiciales (es decir si los operadores

judiciales han resuelto con diligencia los incidentes, si las autoridades administrativas del Poder Judicial han dotado a los juzgados y Tribunales de medios materiales y personales adecuados y suficientes, para que puedan ejercer cabalmente su función) y en cuarto lugar recurrir al análisis global del procedimiento (elemento de más reciente inclusión en la jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del sistema interamericano)⁷.

Primer elemento - complejidad del asunto: Aquí, se hace necesario determinar qué entidad tiene los bienes jurídicos vulnerados con el hecho típico que se está investigando y qué importancia tienen para la comunidad internacional. Aquí se valoran factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, la actividad probatoria realizada para el esclarecimiento de los hechos, la multiplicidad de víctimas o el concurso de actores, y cualesquiera otro elemento que permita concluir con objetividad, que el esclarecimiento de una investigación resulta dificultosa y complicada.

*“Por lo que toca a la complejidad del asunto, la Corte verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención y allí se debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquellos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes”*⁸.

Segundo elemento - actividad procesal del interesado: Dentro de este se analiza si hubo de parte del interesado

⁴ CIDH, Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 77 y Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 72.

⁵ CIDH, Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 81.

⁶ El plazo razonable y las repercusiones en el proceso penal. Augusto Medina Otazu. Pág. 8, <http://blog.pucp.edu.pe/item/102172/el-plazo-razonable-y-las-repercusiones-en-el-proceso-penal>

⁷ CIDH, Sentencia del 1º de septiembre de 2011, caso López Mendoza Vs. Venezuela, párrafo 150 y ss.

⁸ Voto Concurrente Juez Sergio García, Sentencia Valle Jaramillo Vs. Colombia. Párrafos 3 y 4.

una actitud incompatible con las normas legales o entorpecimiento en la tramitación procesal (por supuesto no se habla aquí de si se interponen los medios de impugnación que consagra la ley contra las decisiones que las partes consideran injustas a sus intereses).

Aquí vale distinguir entre el uso legal de los medios procesales que la ley consagra y lo que se ha llamado “defensa obstruccionista” que conllevan aquellas conductas intencionalmente dirigidas a entorpecer, entrabar y obstaculizar la celeridad del proceso, ya sea interponiendo recursos que están llamados a no prosperar, o el invocar de forma constante hechos y circunstancias falsas que desvían el curso de las investigaciones, entre otras muchas prácticas judiciales deshonestas. Precisamente es el juez de la causa quien debe velar por evitar esas prácticas dilatorias y obstruccionistas del procesado⁹.

“La conducta procesal del interesado puede ser determinante de la pronta o demorada atención del conflicto. Puede suceder que el individuo, en aras de defender sus derechos, haga uso de un amplio conjunto de instrumentos y oportunidades que la ley pone a su disposición, bajo forma de recursos o de otras figuras, que alejan el momento de la resolución de fondo. El tribunal habrá de distinguir con prudencia entre las acciones y las omisiones del litigante que tienen como objetivo la defensa y aquellas otras que sólo sirven a la demora”¹⁰.

Tercer elemento - conducta de las autoridades judiciales: Aquí debe cuestionarse la celeridad y el apremio con el que se ha tramitado el proceso, y más por supuesto la diligencia que el operador judicial ha colocado en él cuando hay persona privada de la libertad.

Las dilaciones injustificadas pueden haberse dado en todo el proceso o en una etapa determinada, lo cual no

obsta para que ello sea tenido como una violación a la garantía del plazo razonable.

“...En cuanto al comportamiento de las autoridades, es necesario deslindar entre la actividad ejercida con reflexión y cautela justificables, y la desempeñada con excesiva parsimonia, exasperante lentitud y exceso ritual. El exceso de trabajo no puede justificar la inobservancia del plazo razonable, que no es una ecuación nacional entre volumen de litigios y número de tribunales, sino una referencia individual para el caso concreto”¹¹.

Cuarto elemento - análisis global del procedimiento:

La Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado importante tomar este criterio para determinar la razonabilidad del plazo de duración de un proceso.

En este caso, para determinar si se ha vulnerado el principio del plazo razonable se deben tener en cuenta todos los períodos que abarca una investigación¹².

Todo proceso (en la materia que sea) impone que se adelante dentro de un plazo razonable, por ende no puede aceptarse la desidia y la incuria jurisdiccional en asuntos que deben ser tramitados en forma urgente. Ya de por sí la mora judicial es perversa, sobre todo cuando dicha tardanza hace inoperante la protección de derechos comprometidos (desde la propia vida hasta el derecho a un proceso justo); el contrato social impone que no se haga justicia por mano propia y que esa magnánima labor corresponda al Estado, empero esta debe ejecutarse en forma proba y sobre todo ágilmente. Por ello, la cláusula de aceleración introducida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana: *“Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia”¹³*. El operador judicial debe prestar con eficiencia el servicio de administración

⁹ El derecho al plazo razonable como contenido implícito del derecho al debido proceso: desarrollo jurisprudencial a nivel internacional y nacional. Alex Amado Rivadeneira. Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 27, año 2011, págs. 43-59, ver en www.ripj.com/num27/2Derecho%20al%20plazo%20razonable.pdf

¹⁰ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la CIDH sobre el caso Valle Jaramillo y otros, del 27 de noviembre de 2008, párrafo 5.

¹¹ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la CIDH sobre el caso Valle Jaramillo y otros, del 27 de noviembre de 2008, párrafos 6 y 7.

¹² CIDH, Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 81.

¹³ Gómez Reyes, José Alfredo, El plazo razonable en la impartición de justicia, pág. 7, ver en http://www.pjeveracruz.gob.mx/centro_informacion/publicaciones/pdf/EL%20PLAZO%20RAZONABLE%20EN%20LA%20IMPARTICIN%20DE%20JUSTICIA.pdf



recta de justicia pero además paralelamente debe actuar como mecanismo de facilitación y de ayuda al justiciable.

“...Entonces como posible cuarto elemento a considerar para la estimación del plazo razonable debe valorarse la afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes del individuo. Es posible que aquel incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo –‘plazo razonable’– se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de este. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota”¹⁴.

Términos de inicio y final del plazo razonable

La CIDH ha sostenido con fundada razón que “en materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable

de cierto delito, que tiene relevancia o reviste intensidad en la afectación de derechos del sujeto, sea porque los limite o comprometa activamente (como sucede en el caso del inculpado), sea porque los ignore o difiera de manera inaceptable (como ocurre en el supuesto del ofendido). Por supuesto, la valoración de estos extremos debe realizarse en la circunstancia del caso concreto, con análisis y razonamiento adecuados”¹⁵.

En el otro extremo y refiriéndose ya al plazo de conclusión del proceso, señala que: “termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”¹⁶”.

El plazo razonable en la privación de la libertad personal

Las medidas coercitivas sobre la libertad del procesado durante el periodo de investigación buscan resguardar

¹⁴ Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la CIDH sobre el caso Valle Jaramillo y Otros del 27 de noviembre de 2008, párrafo 9.

¹⁵ CIDH, caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de fondo 1º de febrero de 2006, párrafo 129.

¹⁶ Ídem párrafo 71.

los fines que persigue el proceso, establecimiento de la verdad y la imposición de la pena a que haya lugar por tan infracción y están limitadas por el principio de legalidad (que debe señalar el máximo de duración).

Si una persona ha sido privada de la libertad, la garantía del plazo razonable obliga a las autoridades competentes a llevarlo inmediatamente ante una autoridad judicial competente, lo contrario constituye una demora injustificada en la administración de justicia¹⁷.

“La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena”¹⁸.

La garantía del plazo razonable en la Justicia Penal Militar

La sensibilidad del tema de la Justicia Castrense obliga a los operadores judiciales militares y policiales a realizar investigaciones acordes con las exigencias internacionales del debido proceso, y constituye la piedra angular en la transformación de la misma (como el paso a un sistema acusatorio que determinó la recientemente promulgada Ley 1407 de 2010), que busca lograr que los principios fundamentales orientadores de la administración de justicia, como son la eficacia y la eficiencia, conlleven a la construcción del Estado Social de Derecho y en este orden de ideas la Jurisdicción Penal Militar adquiera el plus de legitimidad que requiere el Estado en su conjunto.

¹⁷ CIDH, Caso Tibi, fondo, sentencia del 7 de septiembre del 2004; párrafo 93, d), e) y 94, págs. 58, 59, ver en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf, Caso Maritza Urrutia, CIDH, fondo, sentencia del 27 de noviembre del 2003, párrafo 62, pág. 29, ver en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf, Caso Brogan y otros, CEDH, fondo, sentencia del 29 de noviembre de 1988, párrafos 58, 59, 61 y 62; Comisión Colombiana de Juristas, Denegación de Justicia y proceso penal, págs. 31, 32, ver en http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/denegacion_de_justicia_y_proceso_penal.pdf

¹⁸ CIDH, Caso Peirano Basso Vs. Uruguay, Sentencia del 1º de febrero de 2006, párrafo 106.

Pero ello no será posible si no se aprende de los errores del pasado, existe una importante mengua en la percepción de legitimidad de esta jurisdicción, que se ha acrecentado desde que salieron a la luz pública los reprochables casos de ejecuciones extrajudiciales referidos a jóvenes de Soacha; esta ilegitimidad se expresa institucionalmente en la ausencia de credibilidad en la Justicia Castrense y por supuesto en las decisiones de sus operadores, en este orden de ideas, las sentencias de cualquier tipo carecen de presunción de justicia material; muchas veces cuando algunos asuntos sometidos a la Jurisdicción Castrense son adelantados con celeridad y eficiencia estos son vistos por la comunidad como “excesiva prontitud en su resolución” lo que genera temores sobre decisiones injustas o amañadas y por el contrario cuando las decisiones son severas, se critica precisamente esa “mano dura” y se estima que podía darse una solución menos drástica a ese problema. El asumir la responsabilidad por decisiones injustas del pasado conlleva el hacer frente a la preocupación de lograr ahora, y en el futuro, decisiones justas que no conlleven inequidad social.

Un análisis estadístico de los procesos que llegaron al Tribunal Superior Militar en vía de apelación o consulta entre enero de 2005 y diciembre de 2010 permite concluir que una investigación en la jurisdicción castrense tiene un promedio de duración de 5.8 años (contados desde la fecha de los hechos hasta la decisión que pone fin a la actuación) valor que aún dentro de un estándar no muy superior, afecta evidentemente el principio de inocencia, el cual como ya se ha anotado se ve indudable e incuestionablemente afectado por un lado si el procesado se ve sometido a un juicio que no termina y, por otro en forma mayor y más grave, si el imputado ha sido privado de su libertad preventivamente.

Aunque los medios de comunicación destacan muy a menudo la lentitud de ciertos procesos en la jurisdicción penal militar, es evidente con las cifras estadísticas muestran que el panorama no es tan grave como el que a veces se destaca. Las cifras mencionadas no son más que un simple indicador, ya que para establecer conclusiones definitivas, es necesario profundizar el análisis, sin em-

bargo, es posible admitir, en principio, que el promedio de duración de la instrucción, no es aceptable.

Así mismo, ha de destacarse que los asuntos más lentamente solucionados son, precisamente los más complejos (de mayor número de víctimas), situación que resalta al analizar que el mayor porcentaje de casos solucionados corresponden a aquellos en los que sólo había una sola víctima y a un alargamiento del tiempo de tratamiento de los asuntos más complicados.

Tampoco puede ignorarse un hecho que el análisis estadístico no puede detectar y que se refleja en las notables limitaciones que tiene el sistema penal militar actual (Ley 522 de 1999) pues bajo sus ritualidades la lentitud de los procesos adquiere dimensiones dramáticas. Por esta razón las reformas estructurales introducidas con la ley 1407/10 propenden por acelerar su desarrollo, sin lesionar, de ninguna manera, los principios que caracterizan el debido proceso, pues lógicamente la celeridad del proceso, como meta político criminal en cualquier reforma procesal, no justifica, en ningún momento, un debilitamiento de las garantías del acusado; empero esta Jurisdicción Especializada aún no realiza la implementación de las herramientas propias de un Sistema Penal Oral Acusatorio.

La deficiencia del sistema judicial castrense por la tardanza en la conclusión de los procesos sometidos a esta jurisdicción, pone en crisis la legitimidad de la misma y con ello los axiomas del derecho procesal consecuentes con el Estado Social de Derecho. No puede ignorarse que la privación de la libertad de una persona, además, las cargas y daños que el proceso penal conlleva para el investigado, no pueden ser prolongadas en el tiempo y el espacio, sin que inflexi-

blemente se lesione de modo delicado y peligroso el principio de inocencia, cuando la duración del proceso sobrepasa el límite de lo razonable.

No ha de desconocerse que el proceso penal militar como estructura, está pensado para que las actuaciones se surtan en términos relativamente cortos, con celeridad, eficiencia y eficacia, que justifican la indebida intromisión de un poder estatal en los derechos fundamentales de una persona sometida a investigación penal, lo contrario solo atenta contra las garantías judiciales y otros derechos y genera daños irreparables (que en nuestro Estado pueden ser resarcidos por vía de compensación monetaria a través de procesos contencioso-administrativos).

Si en el proceso penal militar ha de recurrirse al mecanismo de la privación de libertad procesal, no puede entenderse cómo el proceso se prolonga indebida e indefectiblemente en el tiempo, tornando insufrible ese período para quien debe soportar injustamente esa detención, en desmedro no sólo de las garantías constitucionales sino también, por supuesto, las garantías consagradas en normas de carácter internacional a los que el Estado Colombiano se ha adscrito en forma voluntaria.

Las investigaciones en jurisdicciones paralelas (Ordinaria y Especializada) tan comunes en esta época, causan enormes perjuicios del derecho al debido proceso de los vinculados a la causa penal y ocasionan retardos más que injustificados en la instrucción de las mismas, pues las garantías procesales naufragar ante los intereses de cada jurisdicción de continuar instruyendo la investigación.

Si la Ley es oscura, si hay vacíos legales, el juez castrense debe obrar de acuerdo con el concepto de plazo razonable. Un plazo excesivo, una acción desproporcionada



“No ha de desconocerse que el proceso penal militar como estructura, está pensado para que las actuaciones se surtan en términos relativamente cortos, con celeridad, eficiencia y eficacia, que justifican la indebida intromisión de un poder estatal en los derechos fundamentales de una persona sometida a investigación penal, lo contrario solo atenta contra las garantías judiciales y otros derechos y genera daños irreparables”

de la justicia, un exceso de razonabilidad, deberá ser adecuado por el operador judicial y ajustado a derecho.

No existe ninguna justificación para desoír el cumplimiento de los plazos razonables en los procesos penales militares, pues la congestión de los procesos en los juzgados o el juzgamiento con un sistema inquisitivo no es justificación plausible ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La reforma que propende la Ley 1407 de 2010 (de carácter acusatorio) del proceso penal militar, debe iniciarse con el análisis crítico del principio del plazo razonable, ya que la transformación no puede ignorar los apogemas que inspiran la Constitución Política que erige al Estado como un Estado Social de Derecho que no es una cualidad accesoria, sino que hace parte de su esencia misma, en donde la dignidad humana es su punto de fusión. Inflexiblemente el perfil del proceso penal militar debe deducirse de los principios constitucionales que inspiran esta forma de Estado.

Es indiscutible que uno de los objetivos fundamentales para la introducción de un proceso de carácter acusatorio es el fortalecimiento de la celeridad del proceso. Este es uno de los objetivos político-criminales más importantes que debe cumplir el sistema judicial castrense.

Para lograr la eficiencia en la Jurisdicción Castrense en términos de que los conflictos jurídicos que por competencia debe conocer, es necesario armonizar factores que no solo se encuentran en la gestión misma de estos despachos judiciales, sino también la implementación de un sistema jurídico procesal de tipo acusatorio (que

aunque fue promulgado aún no rige), un fortalecimiento del presupuesto institucional, mecanismos procesales adecuados que no estén revestidos de excesivo formalismo, la consolidación de metas de indicadores de gestión que permitan calificar la acuciosidad de los operadores judiciales castrenses en períodos cortos determinados, el reparto por competencias y el incremento real en la administración eficaz de justicia militar.

En verdad, la implementación del juicio oral militar devendrá en una agilización notoria de las causas penales bajo su jurisdicción y competencia, pues los sólidos pilares sobre los que se funda constituyen un mecanismo idóneo para resolver una causa penal militar en el menor tiempo posible. La inmediatez, la concentración en la recepción de la prueba como elemento garantizador es un valioso principio que no debe ser vulnerado. Cada paso del procedimiento carecerá de sentido si no se contempla desde la perspectiva que la amenaza de coerción pública conlleva (prevención general positiva) y que en función de ello debe estar presente la exigencia del plazo razonable en el contexto del debido proceso legal.

No hay duda alguna que al actuarse expeditamente la jurisdicción castrense estará a tono con el axioma constitucional que garantiza el derecho a que todo juez resuelva los asuntos en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas, mismo que es el desarrollo de los principios fundamentales del Estado colombiano dispuestos en la Constitución Política, y en especial en el “Preámbulo” y en el artículo 2.º, que proclaman la justicia como valor fundamental y como fines esenciales del Estado la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la vigencia de un orden justo. ■

Aplicación de los principios del Derecho Internacional Humanitario en la legislación penal interna

Capitán Albert Enrique Correa Viveros¹, Juez 75 de Instrucción Penal Militar



Colombia se encuentra en situación de conflicto armado no internacional, siendo parte de los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos adicionales, estando por ende en plena aplicabilidad, las normas del Derecho Internacional Humanitario, tanto consuetudinarias como convencionales, teniendo las mismas para la normatividad interna, rango de mandatos constitucionales, los cuales irradian toda la legislación, en especial la penal, dando a ella contenidos dogmáticos que no se encuentran expresos en la misma, resultando imperioso para el operador judicial conocerlos, comprenderlos y aplicarlos en los casos concretos.

Palabras clave:

Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, bloque de constitucionalidad, cláusulas de recepción, humanidad, necesidad militar, distinción, proporcionalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad.

Este artículo según lo pretendido por el autor, iniciará por ilustrar de manera suficiente al lector sobre los

principios del Derecho Internacional Humanitario², para luego indicar cómo los mismos se incorporan a la legislación interna a través de las cláusulas de recepción constitucionales, especificando el nivel que conforme a ellas ocupan en el Derecho colombiano, para allí hacer patente cómo ellos irradian toda la legislación penal del Estado colombiano, de manera especial, en la situación de conflicto armado no internacional que ha afrontado el país por varias décadas.

Antes de entrar en materia y para sustentar la afirmación realizada en el sentido de que Colombia se encuentra en un escenario de conflicto armado no internacional y por ende, inmersa en la aplicabilidad de dicho marco normativo, el cual solo tiene vigencia en las citadas circunstancias de violencia³, bastará decir que ello es una situación de hecho que determina el derecho y no es necesario ningún tipo de reconocimiento político o judicial, para afirmar que un Estado se encuentra afrontando tal tipo de realidad.

Colombia hace parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁴, los cuales entraron en vigor para el

¹ CORREA VIVEROS, Albert Enrique, Abogado Universidad Autónoma de Colombia; Magíster en Derecho Penal Universidad Libre, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Universidad Externado de Colombia, Juez de Instrucción Penal Militar desde más de siete (7) años; Formador de Formadores en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Vicepresidencia de la República PLCI; Docente de la Escuela de Justicia Penal Militar; Capitán del Cuerpo de Justicia Penal Militar del Ejército Nacional.

² En adelante DIH.

³ Obsérvese que tanto en el artículo 3° Común a los Convenios de Ginebra de 1949, como en el artículo 1° del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 se establece al unísono, que tales ordenamientos solo tienen aplicación material en el conflicto armado no internacional, situación que supera otras situaciones de violencia que no son consideradas conflictos armados.

⁴ Los Convenios de Ginebra de 1949, fueron aprobados por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, el 12 de agosto de 1949, entrando en vigor el 21 de octubre de 1950. "Compilación de Instrumentos Internacionales", oficina en Colombia del Alto Comi-

Derecho Interno, a partir del 8 de mayo de 1962⁵, instrumentos internacionales cuyo artículo 3º Común, norma que regula los conflictos armados de índole no internacional y que inicia por establecer que: “*En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada uno de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar como mínimo, las siguientes disposiciones: (...)*”, conforme a lo cual se concluye que para que exista un conflicto armado, no se requiere declaratoria o reconocimiento del Estado en cuyo territorio se presenta el mismo, ni de la otra parte en contienda o de la comunidad internacional, siendo por lo tanto una situación de hecho que determina el Derecho, encontrando también dicha afirmación sustento en la parte final del mencionado artículo tercero, la cual reza: “*(...) La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto*”, lo que también significa que el hecho de la existencia del conflicto, no limita al Estado en cuyo territorio suceden tales acontecimientos, para desplegar todo el uso de la fuerza legítima que sea necesario, incluso la letal, para conjurar la situación de violencia y someter al grupo o grupos que generan la misma, lo cual es no solo un derecho del Estado donde tales acontecimientos suceden, sino un deber del mismo.

sionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, séptima edición, actualizada Bogotá, junio de 2007, ISBN: 978-958-98051-1-4, pág. 534.

⁵ Ley 5ª de 1960.

Debe resaltarse que la situación de violencia que hace que la misma pueda ser catalogada como conflicto armado no internacional⁶, debe superar las simples tensiones, los actos esporádicos y aislados de violencia, los motines, los disturbios y otras situaciones análogas que no son conflictos armados. Así lo ha reconocido la doctrina internacional y de manera especial, la emanada del Comité Internacional de la Cruz Roja⁷.

Al unísono con lo anterior, el artículo 1º del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949⁸, que entró en vigor para Colombia a partir del 15 de febrero de 1996⁹, establece: “*1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3º 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 1º del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12*

⁶ En adelante CANI.

⁷ Al respecto el Comité Internacional de la Cruz Roja, ha indicado que: “para hacer una distinción entre un conflicto en el sentido del artículo 3º Común y formas menos graves de violencia, como las tensiones y los disturbios internos, los motines o los actos de bandadaje, la situación debe alcanzar cierto umbral de enfrentamiento”. Comité Internacional de la Cruz Roja. ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario? Documento de opinión, CICR, 2008, pág. 3.

⁸ Aprobado por la conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados el 8 de junio de 1977, entrando en vigor el 7 de diciembre de 1978. “Compilación de Instrumentos Internacionales”, oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, séptima edición, actualizada Bogotá, junio de 2007, ISBN: 978-958-98051-1-4. Pág. 592.

⁹ Ley 171 de 1994.

“**Debe resaltarse que la situación de violencia que hace que la misma pueda ser catalogada como conflicto armado no internacional, debe superar las simples tensiones, los actos esporádicos y aislados de violencia, los motines, los disturbios y otras situaciones análogas que no son conflictos armados. Así lo ha reconocido la doctrina internacional y de manera especial, la emanada del Comité Internacional de la Cruz Roja**”



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. 2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. (Subrayado y resaltado fuera de texto)¹⁰.

Lo anterior sin perder de vista lo que sobre la existencia del CANI y de las condiciones necesarias para ello, se ha dicho en los tribunales ad hoc, en especial en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia¹¹, el cual afirmó al respecto en el caso Dusko Tadic lo siguiente: “(...) existe un conflicto armado siempre que se recurra a la fuerza armada entre dos Estados o violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y

grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado (...)”¹².

De allí que se reitere en este momento que para que exista un CANI, no es necesaria la declaración o el reconocimiento, ni ningún acto político o judicial por parte de un Estado, en cuyo territorio se viva dicha situación de violencia a fin de que sean aplicables, conforme al caso, las regulaciones del artículo 3º Común o las del citado artículo 1º del Protocolo I, resultando solo suficiente la ocurrencia de hechos superiores al umbral indicado, para que las normas del DIH encuentren su pleno vigor subsistiendo, se reitere, tal y como lo reconoce de manera expresa el citado Protocolo Adicional I, en su artículo 3º¹³, el derecho legítimo del Estado a su defensa, aún frente al enemigo interno y a que otras altas partes contratantes¹⁴ no intervengan en sus asuntos internos o externos.

¹⁰ “Compilación de Instrumentos Internacionales”, oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, séptima edición, actualizada Bogotá, junio de 2007, ISBN: 978-958-98051-1-4. Pág. 593.

¹¹ En adelante TPIY.

¹² Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, TPIY, Sala de Apelaciones, sentencia de segunda instancia, 2 de octubre de 1995, caso Dusko Tadic. N.º IT-94-1- AR72, párrafo 70.

¹³ El artículo 3º del Protocolo Adicional I, establece: “No intervención. 1. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos. 2. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo como justificación para intervenir, directa o indirectamente, sea cual fuere la razón, en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos de la Alta Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto.”

¹⁴ Por Alta Parte Contratante debe entenderse de manera específica los Estados, que son las personas jurídicas de Derecho Internacional por

Aunque se ha resaltado hasta el momento que no es necesario el reconocimiento o aceptación por parte del Estado del CANI, para que encuentren plena vigencia y aplicación las normas del DIH, el Estado Colombiano, a través de sus ramas del poder público, en especial la Judicial y la Legislativa, ha reconocido históricamente dicha situación¹⁵, por lo cual no se ahondará más en el estudio de dicho tema.

En claro ya la vigencia y aplicabilidad del DIH en Colombia y de manera específica en lo que atañe a los CANI, deberá indicarse que son principios del Derecho Internacional Humanitario: Humanidad, Necesidad Militar, Proporcionalidad en la conducción de hostilidades y Distinción.

Definiendo brevemente cada uno de dichos principios, encontramos que el **principio de Humanidad** consiste en aceptar que la dignidad humana es principio del cual irradian los demás principios y derechos¹⁶, debiendo ser observada y protegida incluso en situaciones de violencia extrema, como son los conflictos armados internacionales o no internacionales, emanando de ella, de manera principal, la prohibición de infligir daños o sufrimientos innecesarios o superfluos para el logro de fines militares y la obligación de respeto y protección a la población civil y a sus bienes. Obsérvese que no es la prohibición del daño o

del sufrimiento, sino la limitación de los mismos a lo estrictamente necesario.

Por su parte, el **principio de necesidad militar** consiste en que en el conflicto armado se encuentra prohibida toda acción que no sea militarmente necesaria. Por ende, la conducción de hostilidades debe realizarse teniendo en cuenta que el objetivo es debilitar o neutralizar la fuerza militar del enemigo, quebrantando su voluntad de lucha o poniéndolo en condiciones de no dar más batalla, buscando de la manera más rápida que sea posible, su completa o parcial sumisión, con la menor pérdida de vidas y destrucción de bienes, nunca siendo su propósito la aniquilación total. Conforme a ello, el uso de la fuerza debe ser siempre regulado y justificarse solo por motivos militares, teniéndose en cuenta que dicho principio siempre va acompañado en su aplicación de los de distinción y proporcionalidad.

En lo atinente al **principio de proporcionalidad** en la conducción de hostilidades, debe tenerse en cuenta en primer lugar, que es aceptado por el DIH, que de manera incidental o colateral¹⁷ al desarrollo de las operaciones militares, nunca de manera directa e intencional, puedan resultar afectados bienes o personas civiles, daños los cuales no serán desproporcionados, si los mismos no resultan excesivos frente a la ventaja militar concreta y directa de conjunto esperada, observándose, en segundo lugar, que lo que busca equilibrarse es la necesidad militar con los intereses humanitarios de protección a la población civil y a los bienes de la misma índole y los daños frente a la ventaja militar, motivo por el cual el comandante encargado

excelencia y que por ende, encuentran plena capacidad internacional para obligarse.

¹⁵ Como sentencias que reconocen la existencia de un conflicto armado en Colombia, pueden citarse: C-295 del 29 de julio de 1993, Magistrado Ponente GAVIRIA Díaz Carlos, C-225 del 18 de mayo de 1995, Magistrado Ponente doctor Martínez Caballero Alejandro, C-582 del 11 de agosto de 1999, Magistrado Ponente doctor Martínez Caballero Alejandro, C-251 del 11 de abril de 2002, Magistrados Ponentes Montealegre Lynett Eduardo y VARGAS Hernández Clara Inés, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002, Magistrado Ponente Córdoba Triviño, Jaime, Sentencia C-172 del 2 de marzo de 2004, Magistrado Ponente Córdoba Triviño Jaime. Como Leyes se traen a colación entre otras, Ley 418 de 1997, Ley 599 de 2000 (Título II) y Ley 975 de 2005.

¹⁶ Por lo demás en el Código Penal Común Ley 599 de 2000 artículo 1°, el cual reza: "Artículo 1.º Dignidad humana. El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana", como en el Código Penal Militar Ley 1407 de 2010 artículo 6º el cual establece: "Artículo 6º Dignidad humana. El derecho penal militar tendrá como fundamento el respeto por la dignidad humana", se reconoce tal principio como rector de la legislación penal.

¹⁷ Aunque los términos daño incidental y daño colateral son utilizados en muchas ocasiones como sinónimos o de manera indistinta, debe tenerse en cuenta que el daño incidental es al que se hace referencia en los tratados y convenios internacionales, como aquel que es previsto y medido en las labores de inteligencia, planeación y ejecución de las operaciones militares, que no resulta excesivo frente a la ventaja militar concreta y directa de conjunto esperada o finalmente obtenida (eso en cada paso de la operación desde su génesis), mientras que el daño colateral, se refiere más al daño que se produce, sin que hubiera sido posible su previsión, es decir que es accidental o no intencional, pero que tampoco resulta excesivo frente a la ventaja militar concreta y directa de conjunto obtenida y encuentra su inicio y mayor desarrollo en la doctrina militar de EE. UU.

tanto del estudio previo de inteligencia, como del planeamiento y/o la ejecución de la operación, debe tener presente en todo momento, la correcta utilización de los métodos¹⁸ y medios¹⁹ de combate, observando, en tercer lugar, que existen unos y otros que son expresamente prohibidos por el DIH y que también algunos que aunque son lícitos de manera objetiva, su utilización en el caso concreto puede no serla o resultar desproporcionada.

Por otra parte, se dirá que **el principio de distinción** consiste básicamente en diferenciar entre partícipes directos en las hostilidades y personas civiles o no combatientes, y entre objetivos militares y bienes civiles, debiéndose observar en el desarrollo del conflicto que por regla general, se encuentran prohibidos de manera principal, los ataques directos contra bienes y personas civiles, prohibiéndose paralelamente la uti-

lización de civiles como escudos humanos, el uso de tales bienes en especial los culturales y los de culto como apoyo del esfuerzo militar y los actos orientados a aterrorizar a la población civil.

Estos principios del DIH, que encuentran su desarrollo en las normas consuetudinarias y en los instrumentos internacionales en la materia, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, siendo sus cláusulas de recepción del Derecho Internacional, en el Derecho Interno²⁰, de manera principal, los artículos 214 numeral 2²¹ y 94²² de la Constitución Política de 1991.

¹⁸ Métodos de combate son estrategias, los cuales pueden ser lícitos como las estratagemas e ilícitos como la perfidia.

¹⁹ Medios de combate son los instrumentos utilizados para hacer la guerra, en especial cuando se hace referencia a ellos se habla de manera general de armas y municiones, debiéndose observar en todo momento, cuáles de ellas son permitidas o prohibidas, por ejemplo se puede citar como prohibición de ciertas armas, lo establecido en la Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, aprobada por la Comisión Militar Internacional, San Petersburgo, del 29 de noviembre al 11 de diciembre de 1868.

²⁰ Cláusula de recepción es un precepto constitucional que da entrada en la legislación interna a normas internacionales, indicando qué categoría va a tener la norma incorporada dentro del derecho del Estado.

²¹ El numeral 2 del artículo 214 de la Constitución Política de Colombia establece: “Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...) 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos. (...)”.

²² El artículo 94 de la Constitución Política de 1991, reza: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”.



Con relación a tales normas constitucionales, debe tenerse en cuenta que su efecto directo es dar a las normas tanto de origen en la costumbre, como a las convencionales, en materia de DIH, el carácter de rango constitucional, hecho que hace, ante la constitucionalización del Derecho Interno a partir de la Carta Política de 1991, que dicha normatividad internacional prevalezca e irradie sobre toda la legislación nacional, en especial el Derecho Penal y por tanto, en la aplicación del mismo, en el caso de encontrarse los hechos enmarcados en un conflicto armado, sea este de carácter internacional o no internacional, tenga que observarse para los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, los contenidos que tales principios dan a las citadas categorías dogmáticas del delito, los cuales no se encuentran actualmente expresos en los Códigos Penales o de Procedimiento en tal especialidad del Derecho colombiano, lo que hace que un operador jurídico que no sea conocedor de ello, pueda cometer errores hermenéuticos, por no armonizar la legislación y su interpretación desde la constitución misma, que conlleven a la toma de decisiones judiciales equivocadas en materia de responsabilidad penal.

En este aspecto cabe afirmar que acciones que en el marco normativo de los Derechos Humanos²³, resultarían desproporcionadas y por ende punibles²⁴, por aspectos como por ejemplo el uso de la fuerza y los límites al mismo, en el marco del DIH no lo serían, motivo por el cual debe siempre tenerse en cuenta, que el Derecho Internacional Humanitario es *Lex Specialis* para los conflictos armados y que por ende, las disposiciones en materia de DD. HH., que son aplicables en todo tiempo y en todo lugar en situaciones de anormalidad con categoría de conflicto armado, deben ser interpretadas a la luz de las normas del DIH.

²³ En adelante DD. HH.

²⁴ Debe recordarse que en el marco normativo de los DD. HH., el uso de la fuerza, en especial la letal, es la última vía que debe considerarse para el cumplimiento de la Ley y para el mantenimiento del orden. Al respecto en el instrumento internacional denominado "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", se establece en su artículo 3º que: "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas", fuente: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/codigo.htm>

Un ejemplo de ello sería el caso de las emboscadas²⁵, que es método de combate permitido por el DIH y consagrado en la doctrina militar de todos los ejércitos del mundo, al que se ha acudido durante toda la historia de la humanidad, la cual es un tipo específico de estratagema²⁶, que busca sorprender e inducir en error al adversario, para que cometa imprudencias las que serán aprovechadas para obtener una ventaja militar concreta, maniobra militar lícita, que de ser apreciada bajo circunstancias de conflicto armado, en el marco normativo de los DD. HH., es decir, en normas creadas para la normalidad, aunque su aplicación es en todo tiempo y en todo lugar, sin observar las normas del Derecho Internacional Humanitario, obviando en su interpretación que estas normas humanitarias constituyen *Lex Specialis*, podrían llevar a apreciar lo que es lícito y permitido, como si no lo fuera y traer graves consecuencias jurídicas a quienes acuden a dicho método lícito de enfrentamiento armado. A *contrario sensu*, utilizar dicho método de combate, en situaciones de normalidad y dirigido contra, por ejemplo un grupo de delincuencia común, indudablemente derivaría en que por lo menos, quienes ejecuten dicha acción, sean señalados con toda razón jurídica como homicidas.

Es preciso recordar, que la misma Corte Constitucional Colombiana, al abordar similar estudio del tema manifestó en Sentencia C-177 de 2001 que:

"(...) Ciertamente, carece de todo fundamento la tesis según la cual la penalización del genocidio político impediría a la Fuerza Pública cumplir su función constitucional de combatir a los grupos políticos alzados en armas, habida cuenta que en

²⁵ Las Emboscadas, son una especie de estratagema.

²⁶ Las Estratagemas conforme a la definición que se encuentra de ellas en el Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados: "En el marco de los métodos de combate, las estratagemas están consideradas como lícitas. Son actos cuya finalidad es inducir a error al adversario y hacer que cometa imprudencias, pero que no infringen norma alguna de derecho internacional ni son pérfidos, ya que no apelan a la buena fe del adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho. Son ejemplos de estratagemas: el camuflaje, las añagazas, las operaciones simuladas, las informaciones falsas, las sorpresas, las emboscadas, las incursiones. No hay que confundir las estratagemas con los actos de perfidia. ...". VERRI Pietro, "Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados", TM EDITORES, Comité Internacional de la Cruz Roja, Título original en italiano: "Dizionario di Diritto internazionale dei conflitti armati", Traducido del francés al castellano por: DUQUE Ortiz Mauricio y CABRERA Chi Renée, primera edición en castellano: abril de 1998, primera reimpresión: febrero de 1999. Págs. 39-40.

las operaciones militares causa “la muerte o heridas a miembros de dichos grupos delictivos” pues, salta a la vista, que se basa en un supuesto equivocado como quiera que confunde el exterminio de grupos políticos con el combate a organizaciones armadas ilegales.

De ahí que contrarie los dictados más elementales de la lógica, creer que por introducirse en el tipo penal un condicionamiento de esta naturaleza, se afianzaría la legalidad de la acción de las Fuerzas Militares en contra de los grupos alzados en armas, cuya validez, frente al ordenamiento jurídico resulta incuestionable, no sólo por cuanto constituye una manifestación inequívoca de la soberanía estatal, sino porque el derecho internacional la reconoce como legítima y la diferencia de las prácticas atroces de exterminio sistemático, que son las que considera genocidio político.

Se reitera, que no se remite a duda que los Estados tienen derecho a perseguir a los grupos alzados en armas y que, por ello, la muerte en combate que la Fuerza Pública ocasione a los miembros de estos grupos insurgentes no constituye jurídicamente un “homicidio”, y no es tipificada como una conducta punible. (Subrayado y resaltado fuera de texto)²⁷.

Obsérvese cómo la misma Corte Constitucional, ha manifestado que las bajas que ocasiona la fuerza pública a los grupos armados ilegales, en el contexto del conflicto armado, no constituyen delito de homicidio, en clara concordancia con lo establecido en el ya citado numeral 1 del artículo 3º del Protocolo Adicional I y la parte final del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949²⁸, lo que demuestra cómo los principios y las normas tanto consuetudinarias como convencionales del DIH, irradian toda la legislación interna, en especial la penal.

Téngase en cuenta que el aparte transcrito de la sentencia de constitucionalidad, hace parte de su *ratio decidendi*

y no constituye *obiter dicta*, es decir, que se categoriza como aquel segmento de la argumentación jurídica de la providencia judicial, que guarda íntima y directa relación con la pieza resolutive de la sentencia, la cual no podría ser suprimida del texto mismo de la decisión, pues de serlo, dejaría sin el fundamento argumentativo necesario a la respuesta constitucional de fondo al problema jurídico de conocimiento de la Corte en el caso concreto.

En efecto, el Estado a través de sus agentes y en este caso concreto por intermedio de la Fuerza Pública, conforme a lo establecido en el traído a colación numeral 1 del artículo 3º del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977²⁹, tiene: “... la responsabilidad ... de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos”, sin que ello autorice a los otros Estados a intervenir directa o indirectamente en sus asuntos internos o externos³⁰, lo que hace que el Estado en ejercicio de dicha legítima defensa, a través de sus fuerzas armadas, pueda contrarrestar la amenaza que contra él se cierne, haciendo uso incluso de la fuerza letal.

Nótese cómo ello lleva a determinar con claridad en el ámbito del Derecho Penal, que las muertes o lesiones que causan las fuerzas armadas del Estado a los integrantes de los grupos de cualquier índole que generan una situación de violencia, la cual puede ser señalada como CANI dentro del marco de las operaciones militares, no deben ser tildadas de delitos o como de interés a la órbita del Derecho Punitivo, pues una acción no puede ser impuesta como deber y al mismo tiempo señalada como punible, lo que conlleva a que conforme lo concluyó con acierto

²⁹ El numeral 1 del artículo 30 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, establece: “Artículo 3º No intervención. 1. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos. (...)”.

³⁰ El numeral 2 artículo 3º del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, establece: “(...) 2. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo como justificación para intervenir, directa o indirectamente, sea cual fuere la razón, en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos de la Alta Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto”.

²⁷ Sentencia C-177 de 2001, Expediente D-3120, febrero 14 de 2001, Corte Constitucional, M. P., doctor FABIO MORÓN DÍAZ.

²⁸ Parte final artículo 3º Común CG 1949 “La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.”

la Corte, tales muertes o lesiones no interesen al Derecho Penal y se tornen atípicas por encontrarse por fuera del marco de protección de la norma preservadora de los bienes jurídicos más esenciales.

Se reitera, que en el marco del DIH el uso de la fuerza letal puede ser la primera opción, mientras que en el marco de los DD. HH., dicho uso de la fuerza es siempre la última. Se dice que en el marco del Derecho Internacional Humanitario el empleo de la fuerza letal puede ser la primera vía a seguir, por cuanto tal utilización encuentra límite principal en los aludidos principios de Humanidad, Distinción, Proporcionalidad y Necesidad Militar y por ende, el aludido de empleo de la fuerza nunca podrá extenderse y no podrá alegarse como legítimo, sin contravenir el Derecho Internacional Humanitario, cuando por ejemplo, no se da cuartel³¹ y por otra parte, que a quien participa directamente en las hostilidades, le asiste el derecho de hacer objeto de su acción militar al enemigo, pero que por otra parte, recae sobre él la carga de ser objeto del esfuerzo militar de su

³¹ Cuartel: “El término se utiliza en la expresión “no dar cuartel” o en la de “lucha sin cuartel”. Este término significa, por lo que respecta a la conducción de hostilidades, en tierra, mar o aire, no perdonar la vida a nadie, ni siquiera a quien se encuentre en imposibilidad de defenderse o que manifieste la voluntad de rendirse. El derecho internacional prohíbe utilizar este procedimiento –ordenar que no haya supervivientes–, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión.” VERRI Pietro, “Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados”, TM EDITORES, Comité Internacional de la Cruz Roja, Título originela en italiano: “Dizionario di Diritto internazionale dei conflitti armati”, Traducido del francés al castellano por: DUQUE Ortiz Mauricio y CABRERA Chi Renée, Primera edición en castellano: abril de 1998, Primera reimpresión: febrero de 1999. Pág. 29.

adversario. Esto conlleva a que pueda ser privado de su existencia dentro del desarrollo normal de las hostilidades, sin que tal hecho pueda ser señalado como un crimen de guerra que interese al DIH, siempre teniendo en cuenta, que como la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario no varía el estatus jurídico de las partes en conflicto, los integrantes grupos armados no estatales, pueden y deben ser tratados por el Estado como delincuentes dentro de su legítimo derecho de defensa, frente a quien internamente pretende de una u otra manera alterar el orden imperante, lo que de manera alguna implica que ello sea solo posible pregonarlo frente a los grupos que pretenden subvertir el orden constitucional, o vulnerar la soberanía estatal o la integridad del territorio o la independencia nacionales. Nada de ello interesa al DIH, si siendo importante para tal cuerpo normativo que dicho grupo tenga la capacidad de generar una situación de violencia tal, que dé a la misma la connotación de conflicto armado, en este caso no internacional.

En conclusión, las muertes o lesiones ocasionadas por los miembros de la fuerza pública, a los integrantes de los tan aludidos grupos armados no constituyen delito, mientras que las muertes que los integrantes de dichas organizaciones causen a los miembros de las fuerzas armadas del Estado, sí constituyen para el Derecho Interno, con amplio respeto y respaldo por el Derecho Internacional en lo que a ello atañe, delitos que deben ser investigados, juzgados y castigados por las autoridades judiciales de cada país.

“Las muertes o lesiones ocasionadas por los miembros de la fuerza pública, a los integrantes de los tan aludidos grupos armados no constituyen delito, mientras que las muertes que los integrantes de dichas organizaciones causen a los miembros de las fuerzas armadas del Estado, sí constituyen para el Derecho Interno, con amplio respeto y respaldo por el Derecho Internacional en lo que a ello atañe, delitos que deben ser investigados, juzgados y castigados por las autoridades judiciales de cada país”.

Obsérvese como en casos concretos los principios y normas del DIH, sean estos consuetudinarios o convencionales, se incorporan a la Constitución a través de las mencionadas cláusulas de recepción e irradian la legislación penal interna, dándole contenidos adicionales en el marco del conflicto armado, a categorías dogmáticas como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, pues indudablemente, conforme a lo escrito, los muertos o heridos del adversario, en el desarrollo de, por ejemplo una emboscada, siempre y cuando en la ejecución de la misma se respeten los principios del DIH, en especial los de humanidad, proporcionalidad, distinción y necesidad militar, según lo ya explicado, no serán muertes o heridas que interesen al Derecho Penal Internacional, por cuanto se encontrarán por fuera del marco de protección de los tipos penales de homicidio o lesiones a personas protegidas, conllevando a que tales actos de quitar la vida a otro, se tornen atípicos.

Lo propio se pregona del Derecho Penal Interno, siempre y cuando quien utilice dicho método de combate sea la fuerza armada legítima del Estado, pues si quien lo emplea es el grupo que genera la situación de conflicto armado no internacional, dirigiéndola contra miembros de otros grupos de la misma índole o con destino a integrantes de la fuerza armada estatal, quienes tales actos perpetren serán delincuentes y deberán ser investigados, juzgados y sancionados por las muertes, heridas o daños que causen, por las autoridades judiciales competentes.

Ahora bien, frente al caso específico de los principios de necesidad y ventaja militar, enfrentados al de humanidad y al daño incidental o colateral, debe tenerse en cuenta que el citado daño para ser considerado desproporcionado e ilícito y por ende punible, tiene que ser valorado teniendo en cuenta si la operación y el resultado fueron planeados desde el punto de vista estratégico³², operacional³³ o táctico³⁴, por cuanto,

un resultado que individualmente sopesado, desde el punto de vista táctico, es decir acción militar por acción militar, podría resultar desproporcionado, si se omite considerar que se planeó y ejecutó desde el punto operacional, como la suma de varias acciones militares realizadas de manera coordinada y hacia el mismo fin o por otra parte estratégico, como un objetivo de alto valor para la suerte misma de todo el desarrollo del conflicto, desembocaría en una decisión errónea, llevando a señalar como ilegítimo y desproporcionado lo que en estricto derecho no lo es.

Es pertinente resaltar que las muertes o lesiones a personas civiles o los daños a bienes de la misma categoría, que fueran ocasionados de manera incidental o colateral, arrojarían no ser relevantes o de importancia para el Derecho Penal, por vía de no resultar excesivos a la aludida ventaja militar, es decir, que podrían según la corriente dogmática que siguiera el operador jurídico respectivo o la que adopta la legislación penal interna de cada Estado, ser atípicas o no antijurídicas o amparadas por causal de justificación o inculpabilidad, dando ello nuevos contenidos y alcances a cada una de dichas categorías dogmáticas, que no se encuentran actualmente de manera expresa en la legislación punitiva colombiana.

Por esto se tiene, que frente a las aludidas categorías dogmáticas penales, el contenido mismo de las causales de atipicidad y ausencia de responsabilidad puede encontrar sentido adicional al expresamente previsto en las disposiciones punitivas, el cual no puede ser desconocido por el operador jurídico y que debe hacerse manifiesto en sus providencias y actuaciones, partiendo de determinar, sin lugar a equívocos, la situación de hecho que determina el Derecho y por ende el marco normativo en el cual decidirá, con el fin de valorar de manera adecuada cada acción militar, estableciendo si la misma se realizó en DIH o en DD. HH., y finalmente, se pueda determinar el alcance propio de la responsabilidad, como de las eximentes de la misma. ■

³² Estratégico es el nivel más alto en las Fuerzas Militares, la planeación procede desde el mismo Comando General de Fuerzas o de Fuerza específica.

³³ En Colombia el nivel operacional se divide en dos, en cuanto a las Fuerzas Militares atañe, el primero viene de la Unidad Operativa Mayor, que es el equivalente a División en el Ejército y otro Unidad Operativa Menor, que es Brigada en tal fuerza.

³⁴ El nivel táctico es en el Ejército el planeamiento a nivel Batallón o

Grupo de Caballería y sus unidades subordinadas.



www.justiciamilitar.gov.co

Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar

Carrera 10ª No. 27-61

Edificio Residencias Tequendama Torre Sur - Piso 9º

Centro Internacional Tequendama

Tels.: 3426510 - 3150111 - Exts. 4136 - 28565

 **PROSPERIDAD
PARA TODOS**