

JUSTICIA PENAL MILITAR

COLOMBIA

Publicación anual especializada en Justicia Penal Militar
Ministerio de Defensa Nacional

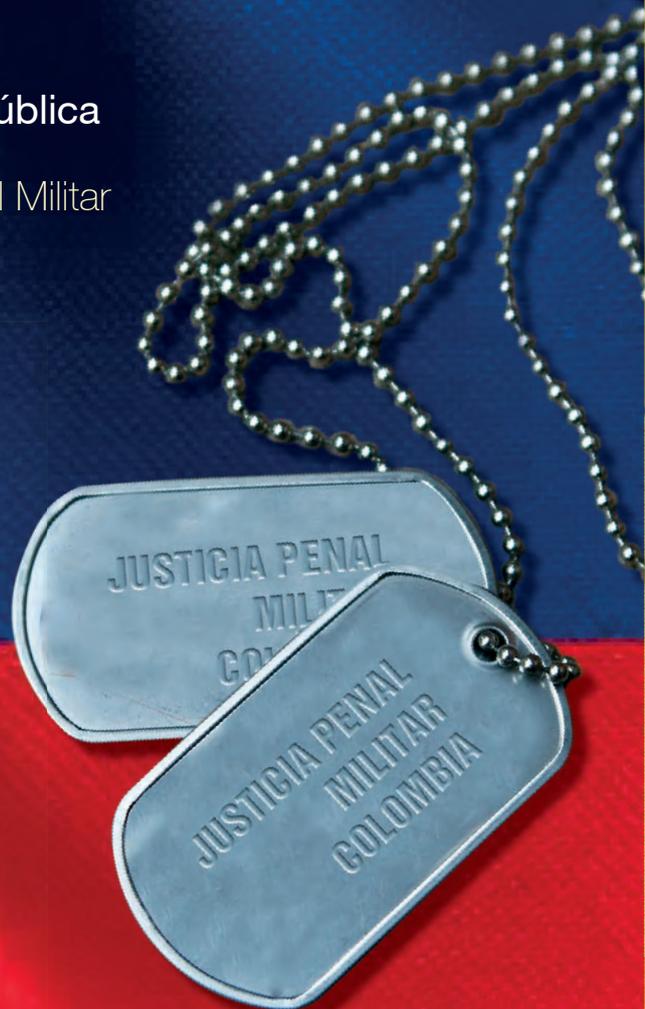


Edición No. 11
Diciembre 2011
ISSN 1909 - 4906

Trascendencia de la Justicia Penal Militar
en la seguridad del Estado

Hacia la construcción de la garantía
del Derecho de Defensa para la Fuerza Pública

La legalidad y legitimidad de la Justicia Penal Militar
en el estado Constitucional y de Derecho





Dirección General

Clara Cecilia Mosquera Paz
Directora Ejecutiva Justicia Penal Militar

Colaboradora

Luz Nayibe López Suárez

Edición y Dirección de Arte

Lilian Polanía Orjuela
Jennyfer Molina Sánchez
Comunicaciones Institucionales Justicia Penal Militar

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

CONTENIDO



Editorial

Doctor JUAN CARLOS PINZÓN BUENO
Ministro de Defensa Nacional

2



Fuero Penal Militar en Colombia

Vicealmirante ROBERTO GARCÍA MÁRQUEZ
Comandante Armada Nacional

4



Reforma Constitucional: Ausencia de la Justicia cercana y oportuna

Doctor BERNARDO GAITÁN MAHECHA
Jurista y Catedrático en Derecho Penal

8



La trascendencia de la Justicia Penal Militar en la seguridad del Estado

Coronel MICHAEL E. BROWN
Comandante del Grupo Militar de los Estados Unidos

10



El primer paso para fortalecer la Justicia Penal Militar es reconocerla y respetarla “Hacia su dignificación”

Teniente Coronel CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
Magistrado Tribunal Superior Militar

15



Hacia la construcción de la garantía del Derecho de Defensa para la Fuerza Pública

Doctor ALEXÁNDER SÁNCHEZ PÉREZ
Asesor del Ministro de Defensa Nacional

22



La responsabilidad del Mando en el marco del Derecho Internacional Humanitario

Teniente Coronel RUBÉN ORLANDO VARGAS
Fiscal Segundo ante el Tribunal Superior Militar

30



La legalidad y legitimidad de la Justicia Penal Militar en el Estado Social de Derecho

Reflexiones a decisiones sobre su competencia

Capitan de Navío (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA
Magistrado Tribunal Superior Militar

34



Precisiones sobre la Ley 1407 de 2010, frente a la figura del miedo como causal de inculpabilidad e inimputabilidad

Teniente RODRIGO ANDRÉS MÉNDEZ CAMPOS
Juez 156 de Instrucción Penal Militar Policía Nacional

43

Marco jurídico estable: herramienta fundamental para la Fuerza Pública

Doctor **JUAN CARLOS PINZÓN BUENO**
Ministro de Defensa Nacional



Para el Ministerio de Defensa y para el gobierno del Presidente Juan Manuel Santos es fundamental que la Fuerza Pública cuente con un marco legal claro y consistente que le permita ejercer con total tranquilidad su misión de preservar y garantizar los derechos constitucionales y legales de todos los colombianos, que asegure la continuidad de los avances en materia de Derechos Humanos y donde no haya lugar de ninguna manera a la impunidad.

Hace más de seis meses pedimos introducir en el proyecto de Acto Legislativo de Reforma a la Justicia, que empezaba a ser debatido en el Congreso, un artículo en el que se incluía un marco jurídico conceptual que protegiera las operaciones y procedimientos de la fuerza pública, que se han visto afectadas por varias decisiones de los últimos años.

Logramos que se generara la discusión en el país y que este tema, que se había convertido casi en un tabú, fuera apoyado mayoritariamente no solo por los honorables congresistas sino por diferentes sectores sociales y que se reconociera, no solo es necesario sino imprescindible, una Justicia Penal Militar eficiente y un fuero militar que se aplique tal y como es concebido. Gracias a esa discusión, hoy el país es más consciente de la importancia de que los uniformados tengan reglas que sirvan de garantía para ejercer sus funciones.

Después de incluir ese artículo en la Reforma a la Justicia, conformamos una comisión, para que nos ayudara a analizar y estudiar el tema, integrada por tres ex magistrados de la Corte Constitucional, Manuel José Cepeda Espinosa, Luis Eduardo Montealegre Lynett y Jaime Córdoba Triviño, un ex Viceministro de Justicia, Rafael Nieto Loaiza y dos Generales en uso de buen retiro, Brigadier General (r) Edgard Peña Velásquez y Mayor General (r) Juan Salcedo Lora. Esa comisión reconoció que es necesario dar claridad sobre el marco jurídico para la Fuerza Pública y recomendó gestionar un proyecto de acto legislativo cuyo alcance resulta mucho más ambicioso y brindará soluciones más estructurales a los problemas de inseguridad jurídica.

Analizamos la propuesta con el Presidente de la República, con el Ministro de Justicia, con el alto mando militar y policial y llegamos a la conclusión que debíamos cambiar el curso de acción y aprovechar el momento para emprender una reforma de fondo que garantice el fortalecimiento general de la Justicia Penal Militar.

Es del máximo interés de este Ministro y del mando militar y policial, que los miembros de las

Fuerzas Armadas sientan todo el respaldo y la seguridad a la hora de hacer frente a las amenazas que el crimen, la delincuencia y el terrorismo ciernen sobre el país.

La tarea que los soldados, policías, pilotos e infantes de marina cumplen todos los días en beneficio de los colombianos y que nos ha puesto en una senda de prosperidad debe estar soportada por unas reglas de juego claras, inequívocas que les permita moverse con total seguridad, que les ofrezca la certeza de que cuando actúan dentro del marco de la ley y el respeto por los derechos humanos tendrán el respaldo jurídico necesario.

En esa dirección se ha propuesto una iniciativa que contiene varios aspectos trascendentales:

- » La creación de un tribunal de garantías penales con competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción que tendrá como funciones principales servir de juez de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública y controlar la acusación penal con el fin de garantizar el cumplimiento de los presupuestos materiales y formales del juicio oral.
- » La Justicia Penal Militar con sus cortes marciales o tribunales militares conocerán de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio.
- » En ningún caso la Justicia Penal Militar conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desaparición forzada, violación y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y reclutamiento o uso de menores. Salvo estos delitos, las infracciones al derecho internacional humanitario serán conocidas por la JPM.
- » Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con el conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el derecho internacional humanitario.
- » La creación de una comisión mixta para que en los casos en donde en desarrollo de una acción, operación o procedimiento militar exista duda sobre la jurisdicción competente, constate inmediatamente lo sucedido y remita el caso a la jurisdicción que corresponda.
- » Se plantea la posibilidad de crear una justicia penal especializada para la Policía, teniendo en cuenta que su misión constitucional es diferente a la de las Fuerzas Militares.
- » En este proceso de fortalecimiento de la Justicia Penal Militar es fundamental que esta tenga independencia y sea imparcial, por eso se implementará un sistema de carrera propio e independiente del mando militar para el personal que la conforma.
- » Se propone crear un fondo destinado específicamente a financiar la defensa técnica y especializada de los miembros de la fuerza pública, en cualquiera de las dos jurisdicciones.

Como pueden ver, esta es una reforma que busca que las Fuerzas Armadas cuenten con una Justicia Penal Militar fortalecida, que sea el soporte de las operaciones y el respaldo de nuestros hombres y mujeres que actúan con rectitud en el cumplimiento de sus funciones, pero que a la vez sea garantía de que quienes actúan por fuera de los principios y el honor reciban todo el peso de la ley.

El Presidente de la República, el Ministro de Defensa y el mando militar y policial estamos comprometidos en sacar adelante esta iniciativa para el beneficio de nuestra Fuerza Pública.

Fuero Penal Militar en Colombia

Vicealmirante **ROBERTO GARCÍA MÁRQUEZ**
Comandante Armada Nacional

INFANTERÍA DE MARINA
FUERZAS ESPECIALES

CAMELBAK



La Fuerza Pública colombiana, con ocasión del cumplimiento de la labor constitucionalmente señalada¹, garantiza a todos sus integrantes el *fuerro penal militar*², entendido este como un derecho de orden constitucional que se materializa en un régimen jurídico especial, ajustado a la naturaleza de la función desarrollada por parte de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Por lo anterior, los uniformados son juzgados por un juez diferente al establecido para el resto de ciudadanos colombianos quienes, por regla general, se someten al régimen judicial común, es decir la justicia ordinaria, siempre y cuando se trate de actos cometidos en servicio activo y en relación con el mismo, por lo que dichas circunstancias han de ser verificadas por las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

Resaltando que la Justicia Penal Militar nunca puede juzgar los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, ni ninguno otro de lesa humanidad o que signifiquen un atentado contra el Derecho Internacional Humanitario, y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio³.

¹ Artículo 217. 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. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía. 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. La ley determinará su régimen de carrera prestacional y disciplinario.

² Artículo 221. Modificado por el artículo 1º del A. L. 2 de 1995. De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

³ Sentencia C-533 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.



“El General Francisco de Paula Santander, conocido como ‘El Hombre de las Leyes’, redactó el Código Militar para la Nueva Granada, el 28 de agosto de 1838; este código se constituye en el antecedente histórico más remoto de la justicia castrense en nuestro país”

Esta prerrogativa tiene sus orígenes en Colombia desde la Nueva Granada, pues fue el General Francisco de Paula Santander, conocido como “El Hombre de las Leyes”, quien redactó el Código Militar para la Nueva Granada, el 28 de agosto de 1838; este código se constituye en el antecedente histórico más remoto de la justicia castrense en nuestro país.

No así en la humanidad, pues tal como lo señala Rodríguez Ussa, el Derecho Penal Militar ha estado presente desde la antigüedad en pueblos tales como Atenas, Cartago, Macedonia, Persia, India, entre otros, y su finalidad era hacer juzgamientos durante situaciones de guerra, aplicando unos procedimientos especiales, procedimientos “sui generis”⁴.

En Latinoamérica, como en el caso de Argentina, la legislación penal militar está integrada por el Código de Justicia Militar de 1951, así como por las sucesivas reformas y reglamentaciones que le fueron introducidas. La Jurisdicción Penal depende del poder Ejecutivo. En lo atinente a su estructura, se diferencia en tiempos de paz y en períodos de guerra. En los primeros, esta es ejercida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, los Consejos de Guerra Permanentes, los Tribunales

Especiales y por los Jueces de Instrucción Penal Militar. En los segundos, la Jurisdicción Penal es ejercida por los Comandantes en Jefe, los Jefes de Fuerzas, los Consejos de Guerra Especiales y los Comisarios de Policía de las Fuerzas Armadas. En los casos de normalidad constitucional, los Tribunales Militares conocen de “los delitos y faltas esencialmente militares, considerándose como de este carácter todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares prevén y sancionan”. Para los tiempos de guerra, los citados Tribunales conocen de los delitos que afectan directamente el derecho y los intereses del Estado o de los individuos, cuando son cometidos por militares o empleados militares en actos del servicio militar o en lugares sujetos exclusivamente a la autoridad militar, de los delitos cometidos por militares en desempeño de un servicio dispuesto por los superiores militares, a requerimiento de las autoridades civiles o en auxilio de aquellas y de los delitos, tipificados en el Código de Justicia Militar o en leyes especiales, cometidos por militares retirados, o por civiles.

Visto de esta manera su origen, entorno y actual desarrollo en la Carta Política, es preciso indicar que hoy la Justicia Penal Militar, vigilante de la aplicación del Fuero Castrense mismo, se transforma dirigiendo su derrotero hacia una nueva

⁴ Rodríguez Ussa, Francisco. Derecho Penal Militar. Teoría General. Op. cit., p. 15.

etapa, donde se armoniza con postulados mucho más garantistas en desarrollo del marco de un modelo de tendencia acusatoria, el cual adoptó la justicia ordinaria con la Ley 906 de 2004, y que viene preparándose para su implementación estableciendo como primer puerto el nuevo Código Penal Militar, a través de la Ley 1407, que empezó a regir a partir del 17 de agosto de 2010.

Así mismo, se encuentran en curso dos proyectos de ley que reúnen temas como la Defensoría Técnica Especializada, la Fiscalía Penal Militar, el Cuerpo Técnico de Investigaciones Penal Militar y una reorganización de nuestra Jurisdicción Castrense, haciéndola moderna, ágil, eficaz y acorde con los estándares de administración de justicia internacionales que nos devolverán la confianza y credibilidad de la misma, como también la armonización en los procedimientos de investigación propios de un modelo acusatorio, generando un idioma común con la justicia ordinaria y evitando con ello duplicidad de esfuerzos en las investigaciones.

De los cambios señalados resaltaré como de gran valor estratégico la creación del Programa Nacional de Defensoría Técnica y Especializada que amplía el campo de aplicación de la Ley 1224 de 2008, derogando la misma para darle paso a una defensa integral de nuestros hombres, generando confianza en el desarrollo de las operaciones

y la tranquilidad de contar con un medio oportuno e idóneo para hacer frente a las acciones legales que se dan por su actuar durante el servicio y con ocasión del mismo, como sujeto de una relación especial de sujeción con el Estado.

Por lo anterior, es desafortunado el desconocimiento de tales antecedentes y la errada convicción de considerar como una iniciativa actual el reconocimiento de un fuero especial a los miembros de la Fuerza Pública, cuando el mismo ha sido una prerrogativa alcanzada desde épocas libertadoras hasta la inclusión del mismo en la Carta Política de Colombia de 1991, haciendo la salvedad de que no puede entenderse como también se ha indicado en estos días, constituir un instrumento de impunidad, entre otras, porque como todo juicio criminal prevé la participación activa de las víctimas a fin de realizar sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación; porque no se encuentra excluido de las atribuciones de intervención judicial previstas en el Texto Superior a cargo de la Procuraduría General de la Nación; y finalmente, porque las sentencias que en dichos juicios se profieren son susceptibles de control judicial por vía del recurso extraordinario de casación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, máxima autoridad judicial en temas referentes al derecho criminal del Estado.

“La Justicia Penal Militar nunca puede juzgar los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, ni ninguno otro de lesa humanidad o que signifiquen un atentado contra el Derecho Internacional Humanitario”



Reforma Constitucional: Ausencia de la Justicia cercana y oportuna



Doctor **BERNARDO GAITÁN MAHECHA**
Jurista y Catedrático en Derecho Penal

Sin contar las reformas a la justicia que antecedieron al plebiscito de diciembre de 1957, de las cuales cabe destacar la de 1945, por medio del Acto Legislativo número 1, contenida en los artículos 47 a 73 de esa legislación, lo cierto es que no ha habido época alguna, ni gobierno alguno que no se haya ocupado del tema de la reforma en la administración de justicia, sea tocando las estructuras más altas del sistema, sea modificando los sistemas procesales. En 1945 se cambió todo lo relacionado con la Corte Suprema, que en cuanto a la elección de los Magistrados estableció que serían elegidos por la Cámara Legislati-

va; la mitad, el Senado, y la mitad la Cámara, de ternas enviadas por el Presidente de la República; se fijaron las atribuciones de la Corte Suprema y se dictaron otras medidas que tocaron, de arriba abajo, todo el sistema judicial. Pero todo eso duró poco porque luego se fueron tomando periódicamente medidas que estaban dirigidas a modificar lo existente. El plebiscito introdujo necesariamente normas sobre el poder judicial. "La Corte Suprema de Justicia estará integrada por el número de Magistrados que determine la ley y los cargos serán distribuidos entre los partidos políticos en la misma proporción en que estén

representados en las Cámaras legislativas”. “Los Magistrados de la Corte serán inamovibles a menos que ocurra destitución por causa legal o retiro por jubilación”. “La ley determinará las causas de destitución y organizará la carrera judicial”. Se estableció que las vacantes serían llenadas por la Corte. Fue el método de la cooptación.

Desde el Plebiscito hasta 1991 se intentaron reformas constitucionales, que se malograron porque la misma Corte las inhibió al declararlas inexecutable. Tal ocurrió con el Acto Legislativo número 2 de 1977 y el Acto Legislativo 1 de 1979 que, por primera vez, instituyó la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y el período de ocho años para Magistrados de la Corte y Consejeros de Estado, y se creó la Sala Constitucional. La crisis institucional creada por la imposibilidad de reformar la Carta por medio distinto al Acto Legislativo tramitado por el Congreso, originó que en 1990, con ocasión de las elecciones generales, se introdujera la famosa séptima papeleta para la creación de un poder público *constituyente*, de donde salió la *asamblea* que expidió la Constitución vigente, sometida ya a 32 reformas, todas de ocasión y para resolver problemas políticos coyunturales.

Reformas procedimentales se han hecho muchas. No menos de 4 al Código de Procedimiento Penal, y la reforma constitucional para implantar el sistema norteamericano llamado sistema acusatorio. Y la justicia sigue siendo reclamada para que se reforme o para que la reformen. Pero lo esencial es que con la reforma Constitucional de 1991 se hizo la más grande y extensa reforma judicial que haya conocido el país. Creación de la Corte Constitucional, establecimiento de la tutela, creación del Consejo Superior de la Judicatura con los poderes y funciones que ahora tiene; ruptura del Ministerio Público para establecer la Fiscalía General de la Nación por un lado, la Procuraduría General de la Nación por el otro, y la Defensoría del Pueblo. Se modificaron de manera sustancial los sistemas de postulación y elección de los Magistrados y Consejeros de Estado, y se creó un régimen que parecía haber conquistado

de modo seguro el principio esencial de toda democracia: la separación de los poderes. Pero muchas de las proyecciones de esa reforma cayeron en el olvido o la omisión como, por ejemplo, todo lo relativo a la descentralización judicial, la creación de pequeños y adecuados distritos judiciales, la aproximación de la justicia a las gentes, como lo intentó hacer el Presidente Alberto Lleras con su histórica reforma promulgada bajo la Presidencia de Guillermo León Valencia, y luego derogada por la administración Lleras Restrepo.

Siempre y en todos los casos, la inconformidad política con el funcionamiento de la justicia, los intereses subalternos, la idea de que los problemas están en la forma burocrática como se organiza la administración de justicia, los poderes judiciales se reforman, se cambian, se acomodan a los intereses particulares de las circunstancias y los tiempos. Lo único que no aparece por ningún lado es la justicia cercana y oportuna. Y que no se crea que la justicia es solamente para lo penal, que es para lo cual se le relaciona de inmediato, sino para lo civil, lo laboral, lo administrativo. Y como el sentimiento fundamental ahora es el de la seguridad y el de la paz, nada de ninguna de las dos se puede alcanzar sin justicia. Por eso hay que hacer que esté presente en todas partes, cercana al ciudadano urbano o rural, pronta y diáfana, y que como en el sabio aforismo, no arrastre la toga.

Amartya Sen, en su obra “La idea de la justicia”, dice: “Cualquier teoría de la justicia tiene que otorgar un papel importante a las instituciones, de suerte que la elección de instituciones constituye un elemento central en cualquier descripción plausible de la justicia. Sin embargo, por razones ya examinadas, tenemos que buscar instituciones que promuevan la justicia, *en lugar de tratar las instituciones como manifestaciones directas de la justicia*, lo cual reflejaría un cierto fundamentalismo institucional” (Ed. Taurus, 2010. Pág. 112). Creo que algo parecido ocurre en Colombia, en donde con frecuencia confundimos las instituciones con la justicia, como está ocurriendo ahora. Y, entonces, la justicia desaparece.

La trascendencia de la Justicia Penal Militar en la seguridad del Estado

Coronel MICHAEL E. BROWN
Comandante del Grupo Militar de los Estados Unidos



“El propósito del Derecho Militar es promover la justicia, ayudar en el mantenimiento del orden y la disciplina en las Fuerzas Armadas, promover la eficiencia y eficacia del establecimiento militar, y así fortalecer la seguridad de los Estados Unidos” (Manual para Cortes Marciales de los Estados Unidos).

La función principal de la Justicia Penal Militar de un Estado es proveer un sistema para juzgar los delitos relacionados con el servicio de los miembros de las Fuerzas Militares. Al desempeñar esta función, la justicia castrense trae más que un foro jurídico. Como institución de las Fuerzas Militares, la Justicia Penal Militar tiene un papel trascendental para asentar la seguridad del Estado.

Las Fuerzas Militares entrenan a sus miembros en cómo usar la fuerza tácticamente para responder a los ataques y amenazas del enemigo. Los uniformados también se han capacitado en las reglas de enfrentamiento que indican las situaciones en que debe disparar o detener el fuego. Pero un ser humano que se halla en tales situaciones puede encontrar difícil responder de acuerdo a la capacitación en medio del miedo u otra emoción.

La disciplina militar es sumamente importante para lograr una fuerza capaz de responder en debida forma, debido a que la fuerza militar depende de sus miembros, y si estos no son suficientemente disciplinados la fuerza puede encontrarse bajo un escrutinio que disminuye su habilidad de avanzar en la seguridad del Estado.

La Justicia Penal Militar, como un sistema que desarrolla la disciplina entre las fuerzas castrenses, tiene un papel trascendental en la seguridad de un estado. En este artículo, trataré la importancia de tener un sistema judicial dedicado a juzgar los delitos relacionados con el servicio militar. Segundo, trataré la manera en que la Justicia Castrense promueve la disciplina que se necesita para formar una Fuerza Militar legítima y capaz de avanzar en la seguridad del Estado. Finalmente, el artículo identifica las características de un sistema de Justicia Penal Militar eficaz.

La jurisdicción sobre delitos relacionados con el servicio

El dar competencia a Cortes especializadas sobre ciertas clases de casos, se reconoce como la manera de promover la justicia en la democracia. En los Estados Unidos, por ejemplo, se han establecido Cortes separadas para tomar casos de bancarrota, para asegurarse que el derecho complejo de la quiebra se aplica correctamente. El mismo principio ha resultado en Cortes especiales para tomar competencia sobre casos administrativos. El uso de estas Cortes especializadas no es para insular las partes de las consecuencias de la materia controvertida, es más para formar Cortes con pericia especial para llevar a cabo la justicia en los casos que se presentan.

El mismo principio aplica a la Justicia Penal Militar. Los casos que se originen de un contexto militar deben proceder ante un tribunal con la pericia como requisito para determinar si el acusado ha cometido un delito que tiene una conexidad con su servicio militar, sea en casos de deserción o casos que surgen del combate, siempre con excepción de los casos excluidos en la ley del Estado. Por ejemplo, la ley de Colombia, excluye de la competencia militar los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad, y los que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario.

La Justicia Penal Militar de los Estados Unidos actualmente tiene competencia para juzgar cualquier delito que cometan sus miembros, pero esto no se dio desde cuando el sistema se estableció. Al principio, la justicia militar solo tenía competencia para considerar casos en que hubo nexos directos entre los hechos y el servicio del acusado. Después de años de desarrollo y desempeño, las Cortes civiles de los Estados Unidos empezaron a darse cuenta que las Cortes Marciales eran capaces de juzgar los delitos de manera rápida, justa, y eficaz. Al demostrar tal habilidad, la ley de los Estados Unidos empezó a considerar una conexidad implícita suficiente para tomar jurisdic-

ción sobre todos los delitos que un uniformado cometa en servicio activo. En las fuerzas de los Estados Unidos, la Justicia Militar se considera como una institución integrada a la eficacia de las mismas fuerzas.

Aunque la ley colombiana actualmente no otorga una competencia tan amplia a la justicia castrense, la competencia sobre los delitos enumerados en el Código Penal Militar son muy importantes por los beneficios disciplinarios que trae a las fuerzas.

El orden y la disciplina

La Justicia Penal Militar avanza en la seguridad de un Estado por la formación de una fuerza disciplinada y legítima. La disciplina asegura que los miembros de las fuerzas obedecerán las órdenes legítimas de sus comandantes y desempeñarán sus funciones de una manera eficiente. La obediencia es crítica durante operaciones militares, en las cuales los miembros de las fuerzas están dispuestos a dar su vida por la patria.

La disciplina tiene suma importancia en la Justicia Penal Militar, pues esta proviene de un fuero y un foro para juzgar e imponer penas para los delitos que socavan la disciplina castrense.

“La Justicia Castrense promueve la disciplina que se necesita para formar una Fuerza Militar legítima y capaz de avanzar en la seguridad del Estado”

Tales delitos incluyen la deserción, la desobediencia, la cobardía, el abandono del puesto, el ataque a un superior y el punible del centinela; estos no se identifican como delitos en el fuero civil y sin un sistema de Justicia Penal Militar los uniformados podrían cometerlos sin temer al castigo. Las mismas Fuerzas Militares son víctimas de tales delitos y la Justicia Castrense hace posible que las mismas fuerzas tengan autoridad para hacer cumplir la disciplina y para disuadir tal comportamiento al castigar los delincuentes.

Los comandantes de la Fuerza Pública deben interesarse en la Justicia Penal Militar y verla como una herramienta para instalar el orden y la disciplina en sus tropas. En las Fuerzas de los Estados Unidos, los comandantes juegan un papel integral en la justicia militar, aun hasta tener la autoridad de la acusación de los delitos, siempre coordinado por el consejo de un asesor jurídico con la función de fiscal. Cuando los comandantes norteamericanos ejercen la autoridad de la acusación, demuestran que no tolerarán el comportamiento incompatible con la disciplina y los valores de su fuerza.

Aunque los comandantes de las Fuerzas Colombianas actualmente no tienen un rol similar en la Justicia Penal Militar de la República, estos pueden aprovechar a la Justicia Penal Militar para mejorar todo personal a su cargo. Si un comandante no puede confiar en que sus tropas obedezcan la ley ¿cómo puede confiar que estas obedecerán las órdenes legítimas de su cadena de mando? Los comandantes deben confiar en que el sistema tratará a los imputados y acusados con equidad, y si llegaran a ser condenados, recibirán un castigo justo pero debidamente severo. Los comandantes que apoyan la Justicia Castrense aumentarán la disciplina sobre sus tropas y lograrán respeto como un líder sumamente eficaz. Tales líderes tienen mejor control sobre el uso de la fuerza, lo cual es esencial en un militar legítimo.



El carácter de un sistema eficaz

Ahora trataré algunas características de un sistema de Justicia Penal Militar propicio para la seguridad de un Estado. La Justicia Penal Militar debe ser imparcial, rápida, pública, cooperativa con la justicia ordinaria y capaz de imponer penas adecuadas a los que se encuentran condenados después de ser justamente juzgados.

Primero, el sistema debe ser imparcial. En un sistema justo, es la evidencia y no la identidad del acusado la que cuenta. El sistema debe tramitar cada caso de la misma manera, sin tener en cuenta el rango, la posición o identidad del procesado. En este sentido, la Justicia Penal Militar

debe proveer el mismo proceso a cada acusado; sea General o Soldado. Al sistema justo, no le importa para quién el acusado trabaje o quiénes sean sus familiares. La justicia debe seguir trámites que examinen la evidencia y determinen si el acusado cometió o no el delito imputado.

El sistema debe ser rápido por varias razones. Primero, la justicia debe requerir que el procesado, al ser condenado sufra las consecuencias de su delito tan pronto como sea posible. Además de forzar al condenado a rendir cuentas por su conducta, este principio también permite que avance la disciplina, porque la unidad ve que actividades criminales no se toleran. Un sistema rápido también contribuye a la equidad. Enfren-

tarse a cargos criminales es muy estresante y la presión se aumenta aún más si los trámites siguen a ritmo lento.

El sistema debe ser público para que la nación vea cómo opera. La ciudadanía necesita ver por sí misma que los delitos se toman en serio, que el proceso es imparcial y que los condenados reciben una pena correspondiente al delito cometido.

Como parte de la transparencia, la justicia castrense debe cooperar con la justicia ordinaria cuando sea apropiado. En los Estados Unidos, los intercambios de información pertinentes a investigaciones en curso son comunes entre las autoridades militares y civiles, y muchas veces resultan casos más completos y preparados para la actuación. Los intercambios también ayudan a establecer relaciones constructivas entre los dos cuerpos de investigadores, los cuales son propicios para formar un espíritu de confianza mutua, el cual conduce a la transparencia porque demuestra que la Justicia Penal Militar es un sistema legítimo que busca obrar con justicia en los casos que gestiona.

Al final, el sistema debe ser capaz de castigar en forma adecuada la actividad antijurídica hasta llegar a la condena. Las sanciones necesitan ser suficientemente severas para ayudar al condenado a comprender la gravedad de los delitos y disuadir a los demás de no cometerlos en el futuro. El sistema debe considerar la gravedad del delito e imponer la pena que corresponda. Un castigo liviano crea la apariencia de que las fuerzas no toman los delitos de sus miembros en serio y un castigo draconiano disminuye la equidad del sistema.

Conclusión

Mi experiencia como Comandante me ha convencido de que la justicia castrense es fundamental para formar a un militar legítimo, disciplinado y capaz de proteger la seguridad del Estado. Al demostrar la habilidad de juzgar casos de una manera imparcial, rápida, pública y transparente, imponiendo castigos justos a los que se condenan, la Justicia Penal Militar llega a ser un instrumento vital en promover la seguridad y la justicia de un Estado.



El primer paso para fortalecer la Justicia Penal Militar es reconocerla y respetarla

“Hacia su dignificación”

Teniente Coronel **CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA**
Magistrado Tribunal Superior Militar

Luego de un largo recorrido en esta jurisdicción, he llegado a la conclusión de que el nivel de entendimiento y comprensión del fuero militar y de la jurisdicción especializada en Colombia, obedece más a posturas de tipo ideológico, a opiniones que se emiten como respuesta a coyunturas

sociales o políticas, que al nivel de comprensión serio, objetivo y científico-jurídico que demandan el instituto y la jurisdicción penal militar en el Estado Social de Derecho, de cara a la realidad que por años ha enfrentado nuestra nación.

No es extraño escuchar en diversos escenarios propuestas discursivas que convergen en la máxima: “hay que fortalecer la justicia militar, hay que recuperarla”, y de inmediato nos preguntamos: ¿recuperar qué?; ¿de qué manera objetiva y efectiva se puede fortalecer? ¿Acaso el problema es normativo? La primera respuesta que surge en nuestro entendimiento es que el problema no es normativo, y segundo, que el primer paso para fortalecer nuestra jurisdicción es reconocerla y respetarla.

Si bien es cierto el fuero militar y la jurisdicción especializada tienen más de doscientos años de existencia, también lo es que en ese desarrollo histórico algunos sucesos marcaron su infundada comprensión, lo que ha generado en el imaginario social una equivocada percepción y entendimiento que aún no se ha podido superar; máxime cuando apenas el derecho penal militar se viene haciendo visible nuevamente en la academia pero por iniciativa y protagonismo de unos pocos. Comprendemos que la sociedad del común no conozca ni discierna sobre el alcance y límites de la jurisdicción penal militar, pero que abogados, en veces la judicatura y quienes tienen que emitir pronunciamientos sobre la materia, evidencien imprecisión conceptual sobre la temática cada vez nos deja más preocupados y por decir lo menos, perplejos.

Sin duda, entre otros aspectos, legitiman la jurisdicción el reconocimiento, el respeto y la confianza que suscita en la comunidad, pero sin titubeo debemos señalar que la primera dificultad que se enfrenta, surge del interior de la propia jurisdicción; nos referimos a sectores o niveles que carecen de efectividad en el sistema o lo que es peor, que desconocen, desatienden y miran de soslayo el superior funcional, esto es, desdeñan los pronunciamientos del Tribunal Superior Militar; lo que en primera medida suscita y conlleva a compulsatoria de copias. Pero en verdad, tales decisiones no solucionan el problema, y se requerirían cambios estructurales y efectivos procesos de selección de funcionarios, máxime si se tienen en cuenta que si en la comprensión de un Estado Social de Derecho que reivindica la

justicia material, se desacata por quienes son los primeros llamados a atender al superior funcional, pues que puede esperarse de quienes son ajenos a él.

Un segundo factor que conspira contra el respeto y la legitimidad de nuestra jurisdicción surge de quienes son destinatarios de la norma penal militar, de quienes tienen que pronunciarse sobre la misma, emiten opiniones o reflejan en sus acciones intromisiones indebidas, que se hacen evidentes cuando desatienden los artículos 116, 221 y 250 de la Carta Política; así como el desarrollo jurisprudencial, se patentiza más aún el menosprecio a la jurisdicción, cuando con decisiones que menguan el factor competencia, se socava el principio de legalidad y del juez natural. Por ello, encontramos necesario recordar que el fuero militar en Colombia tiene tradición constitucional; el concepto relación con el servicio no puede ser mirado de forma obtusa y parcializada, sino en justa dimensión.

La legitimación de la jurisdicción es la que viene soportada en el principio de legalidad y la sujeción del juez a la Constitución y la ley, concepción de legitimación formal; en tanto la proyección sustancial, como lo enseña el maestro Luigi Ferrajoli, “es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos”¹. Sin duda la constitucionalización del Derecho Penal Militar, la incorporación del bloque de constitucionalidad, el desarrollo normativo dispuesto en las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, propenden al desarrollo de tales mandatos, imperativos que atiende el funcionario de la justicia especializada y que se verifica en sus decisiones, en la detentación del ejercicio de la acción penal que efectivamente la tienen el juez de instrucción, el fiscal militar y el juez de conocimiento en el momento procesal que corresponda.

Por ello, disentimos con quienes olvidan que el Derecho Penal Militar en Colombia está soporta-

¹ Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. p. 918.

do en el principio de legalidad y culpabilidad, con quienes desatienden el trámite que ha de seguir en un Estado de derecho, un conflicto de jurisdicciones, y la forma como se ha de trabar, con quienes sostienen que el investigador no detenta el ejercicio de la acción penal ni la compromete, y que en problemas de conflictos de jurisdicciones, únicamente son llamados a pronunciarse los jueces de conocimiento; en estricto sentido jurídico se equivocan; basta con dar una lectura al artículo 219 de la ley 522 de 1999, artículo 274 de la Ley 1407 de 2010 o una lectura puntual a la sentencia C-928 de 2007.

El punto de partida de nuestra reflexión sugiere recordar que el fuero militar es una institución tan antigua como lo es la tradición de los Ejércitos, la historia de los Estados, lo que exige precisar, en rigor dogmático, que en todo momento histórico el fuero no está concebido para proteger personas, como algunos erróneamente lo consideran, sino para la preservación y amparo de instituciones fundamentales para una sociedad, otra cosa es que se predique o se invoque respecto de personas. De igual manera, debe llamarse la atención respecto a que el fuero militar, y de suyo la Justicia Penal Militar en Colombia, no pueden ser medidas con el mismo rasero y realidades de otras latitudes, como acontece en países totalmente en paz, Suecia, Suiza, Holanda, o al contrario naciones donde la Justicia Militar tuvo presencia y protagonismo en dictaduras, ya que en nuestro país el fuero militar y la jurisdicción especializada siempre han sido expresión de la voluntad del constituyente primario; basta con evocar su presencia desde los albores de la República donde se evidencia que el fuero militar siempre ha tenido creación constitucional, v. gr., desde las Ordenanzas de Carlos III se acogió el modelo español, en la Constitución de 1811, disponiéndolo en el artículo 1º del Título VIII. En el año 1838 se redactó el proyecto de Código Militar de Santander, y en 1832 se pronunció el constituyente nuevamente sobre el tema en la Carta Política de 1832; en 1859 se creó el Código Penal Militar para los Estados Unidos de Colombia, y mediante Ley 35 de 1881 se organizó lo relativo a la Justicia Penal Militar.



“El fuero militar en Colombia tiene tradición constitucional; el concepto relación con el servicio no puede ser mirado de forma obtusa y parcializada, sino en justa dimensión”

En la Constitución de 1886 se consagró el fuero militar en el artículo 170, con el siguiente mandato: “De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”, y a través de la Ley 28 de 1905 se otorgó competencia a la Justicia Penal Militar para conocer de delitos comunes cometidos por miembros del Ejército; luego, mediante Decreto 1426 de 1954, se incorporó a la Policía Nacional. Bajo el imperio de esta Carta Magna se promulgaron varios Códigos Penales Militares como el dispuesto en el Decreto 0250 de 1958, que fue el primer estatuto penal que preceptuó los delitos contra el Derecho Internacional, y posteriormente el Decreto 2550 de 1988 que difundió un Código Penal de tamiz causalista y con un esquema procesal de tendencia inquisitiva.

Con la Constitución de 1991 se prescribe en el artículo 116 que la jurisdicción penal militar, administra justicia; y conforme al canon 221, el fuero militar opera para los miembros de la Fuerza Pública (Militares y Policías) que cometan delito relacionado con el servicio; dispuso el Constituyente Primario: “De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”. Consecuente con ello, es la promulgación de la Ley 522 de 1999, “Código Penal Militar”, que consulta un nuevo modelo de Justicia Penal Militar caracterizado por separar de la línea de mando a quienes la integran, jurisdicción conformada por oficiales abogados del cuerpo de

justicia castrense, conforme lo dispuso el Decreto 1790 de 2000, y civiles de la misma jurisdicción que actúan en la fase de investigación y calificación, con participación imperativa y activa de la Procuraduría General de Nación como representante del Ministerio Público; prescribió, igualmente, el legislador la defensa técnica y la presencia de la parte civil como representante de la víctima.

En 1997 surge en el panorama jurídico del país la Sentencia C-358² donde la Corte Constitucional determinó cuál era el alcance del fuero militar y el ámbito de competencia de la Justicia Penal Militar, precisando que aquel sólo aplica para delitos que tengan una relación con el servicio y reiterando que el vínculo debe ser directo y próximo con la función militar o policial. Así, los elementos del fuero corresponden al subjetivo personal y objetivo funcional; aquel comporta estar en servicio activo, y este que la conducta tenga origen en un acto del servicio; por ello, el concepto servicio no puede ser visto obtusa o restrictivamente sino a partir de la multiplicidad de actos que ejecuta el miembro de la Fuerza Pública para alcanzar la finalidad constitucional dispuesta en los artículos 217 y 218. En igual sentido, y complementando lo anterior, la sentencia C-878 de 2000 postuló que delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada, en ningún caso tienen relación con el servicio.

No asalta el juicio afirmar que la preparación para el ejercicio de la función y la actividad que ejecuta el miembro de la Fuerza Pública dista sustancialmente de la que realiza a diario un ciudadano del común, tanto que es el único servidor público que al posesionarse jura, hasta ofrendar su vida por el

² Corte Constitucional. Agosto 5, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



“El fuero militar es una institución tan antigua como lo es la tradición de los Ejércitos, la historia de los Estados, lo que exige precisar, en rigor dogmático, que en todo momento histórico el fuero no está concebido para proteger personas, como algunos erróneamente lo consideran, sino para la preservación y amparo de instituciones fundamentales para una sociedad”

servicio; un militar o policía está expuesto a riesgos permanentes, al peligro constante derivado de las operaciones militares u operativos policiales; tiene que enfrentar una amenaza real que se potencializa en un país en conflicto; está imbuido en los rigores de la disciplina, el honor, los intereses colectivos, y el servicio, el cual prevalece frente a su vida privada, social y familiar; lo que en procura de garantizar el principio del Juez natural se requiere de la jurisdicción especializada y de un funcionario con conocimiento específico y a la vez amplio del complejo medio militar y policial del ejercicio de la función, del alcance del servicio. Sin duda, como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, en sentencia C-676 de 2001³, para ser funcionario de la Justicia Penal Militar se ha de conocer de la actividad castrense y policial; también, demanda un discernimiento particular y especial⁴, no sólo en Derecho Penal (por ello, al funcionario de justicia penal militar se le exige, como mínimo, ser especializado en Derecho Penal⁵) sino que el Juez Militar debe conocer, por sólo citar unos ejemplos, de la naturaleza de los bienes jurídicos que se tutelan, del servicio de guarnición, de actividades de instrucción y entrenamiento, ejercicio del mando, logística, comunicaciones, operaciones militares, etc., así como de Derecho Constitucional, Derechos Humanos

y Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Conflictos Armados.

La realidad que vive Colombia hace que los miembros de la Fuerza Pública estén en constante situación operacional, como ningún Ejército en occidente, lo que de suyo conlleva a que tal actividad genere efectos jurídicos, siendo imperativo destacar que, conseguir el accionar operacional, demanda todo un tren administrativo, logístico, de instrucción y entrenamiento, de administración de recurso humano, de bienes y servicios, de inteligencia, etc., situaciones que también comprenden el concepto servicio.

El Acto Legislativo 03 de 2002 consagró que la Fiscalía General de la Nación si bien tiene el ejercicio de la acción, también lo es que la justicia ordinaria no es competente para investigar ni juzgar delitos cometidos por integrantes de la Fuerza Pública cuando se ejecutan en relación con el servicio; al respecto estableció: “Se exceptúan los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (...)”⁶.

Recientemente se promulgó la Ley 1407 de 2010 “Nuevo Código Penal Militar”, que dispone un esquema de delito de comprensión posfinalista, una mejor técnica en la redacción de tipos pe-

³ Corte Constitucional. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴ Sentencia C-178 de 2000. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵ Ley 940 de 2005. Ingreso, ascensos y evaluación en la Justicia Penal Militar.

⁶ Para complementar, ver Sentencia C-591-05. M. P. Clara Inés Vargas.

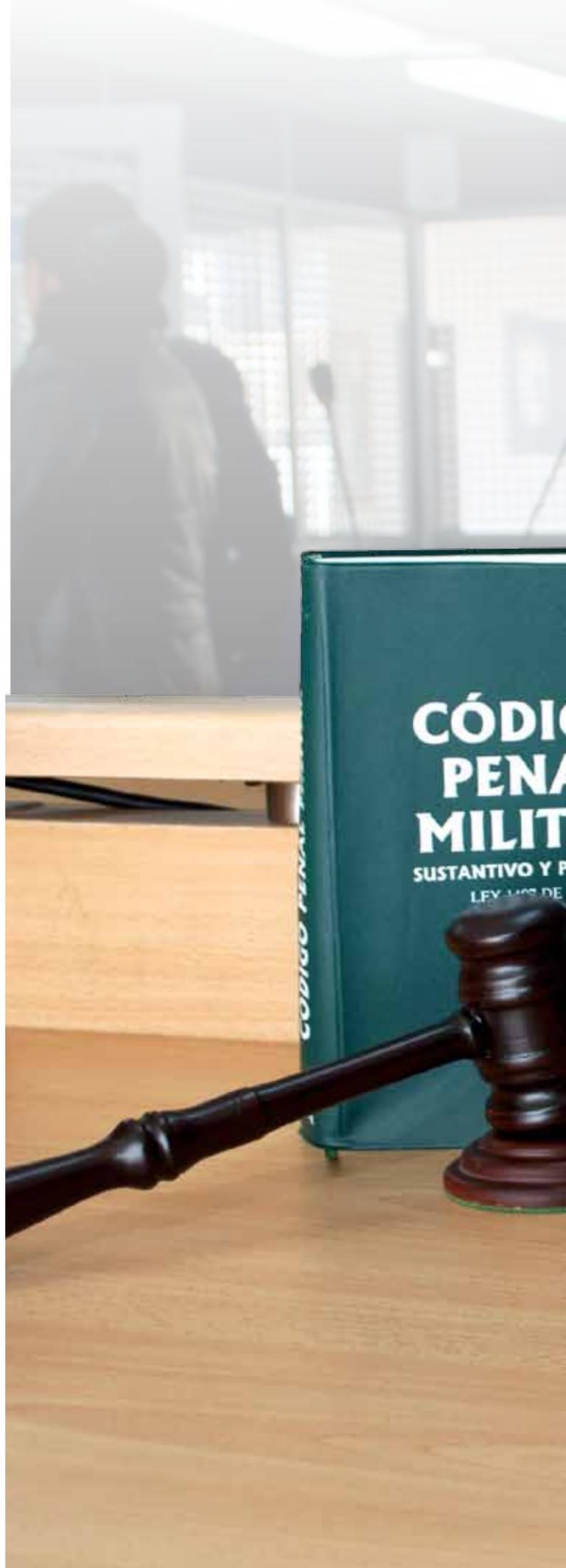
nales y un incremento en las penas, un sistema procesal acusatorio que garantice los principios de inmediación, concentración, contradicción y publicidad. Reitera esta nueva legislación que la Justicia Penal Militar es competente para conocer delitos militares y comunes cometidos en relación con el servicio, con excepción de los punibles de genocidio, tortura, desaparición forzada, conductas violatorias del Derecho Internacional Humanitario, y de competencia de la justicia ordinaria.

Se equivocan los que conciben la justicia militar como un instrumento de comando o de naturaleza disciplinaria, pues se trata es de un sistema de administración de justicia, conforme al artículo 116 Superior, que tutela bienes jurídicos fundamentales para la sociedad militar, policial y del común, con competencia para afectar derechos fundamentales⁷ e imponer sanciones de carácter penal como es la pena de prisión hasta sesenta años. De otra parte, la responsabilidad de un juez militar es penal no administrativa, está sometido única y exclusivamente al imperio de la Constitución y la Ley⁸; las decisiones de la Justicia Penal Militar son susceptibles del recurso de apelación ante el Tribunal Superior Militar y como organismo de cierre la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema.

La jurisdicción Penal Militar y quienes hoy formamos parte del equipo (magistrados, jueces, fiscales, secretarios, personal administrativo) que procura efectivizar un sistema de administración de justicia pronta y efectiva, reclamamos el respeto y reconocimiento que se debe a una institución a la que constitucionalmente se le encomendó la sagrada misión de administrar justicia; jurisdicción especializada que hoy cuenta con funcionarios competentes, probos, capacitados, con especializaciones, maestrías y doctorados y, por encima de todo, con un nivel de compromiso orientado a la pronta, cumplida y eficaz administración de justicia.

⁷ C-928-2007.

⁸ Artículos 228 y 230 de la Constitución Política.





“Se equivocan los que conciben la justicia militar como un instrumento de comando o de naturaleza disciplinaria, pues se trata es de un sistema de administración de justicia”

Hacia la construcción de la garantía del Derecho de Defensa para la Fuerza Pública

Doctor **ALEXÁNDER SÁNCHEZ PÉREZ***
Asesor del Ministro de Defensa Nacional



¿La defensa es un derecho fundamental para los miembros de la Fuerza Pública? ¿Qué respuesta ofrece el actual Estado constitucional y de derecho a este asunto tan sensible? El constitucionalismo se edifica sobre derechos fundamentales, es decir, sobre prohibiciones y obligaciones impuestas por las Cartas Constitucionales a todos los poderes públicos, incluso al legislador¹. Entre estos derechos, se encuentra el derecho fundamental al debido proceso, que en la tradición occidental puede remontar su génesis a la cultura judío-cristiana, en el conocido diálogo entre Dios y Abraham², momentos antes de la destrucción de Sodoma y Gomorra, o en la brillante defensa de Nicodemo a favor de Jesús³, escenarios en los que aparecen los primeros rasgos de principios

como el derecho del juez natural e imparcial, de contradicción, de defensa y el principio de legalidad. Aunque el derecho fundamental al debido proceso ha sufrido una enorme metamorfosis, hoy se erige en una de las piezas angulares de nuestro Estado constitucional y de derecho. El constituyente de 1991, decidió que el derecho a la defensa tenga rango constitucional a favor de todos los colombianos y no puede pender su materialización de una configuración discrecional y soberana infraconstitucional del legislador.

Es por ello imperativo reconocer a los miembros de la Fuerza Pública un ejercicio adecuado, técnico y especializado del derecho a la defensa; a contrario sensu, la eventual omisión del legislador podría convertir su silencio en una conducta censurable y su inactividad vulneraría una situación jurídica subjetiva de todos los miembros de la Fuerza Pública.

¹ Ferrajoli, L. "Sobre los derechos fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales*, n.º 15, julio-diciembre, 2006, p. 113.

² Génesis 18-16.

³ Juan, 7-51, 52.

Para abordar de manera organizada este ensayo, es necesario someter a consideración los siguientes enfoques interdependientes de aproximación: la importancia de desarrollar el mandato constitucional al legislador de regular el derecho fundamental a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública (A), aspecto que debe ser estudiado bajo la óptica de las relaciones especiales de sujeción y el derecho internacional de los derechos humanos (B).

A. La obligación del legislador de concretizar el derecho fundamental a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública.

El legislador, de conformidad con los vínculos establecidos en los derechos fundamentales, ha intentado materializar el derecho fundamental a la defensa, a través de dos leyes ordinarias que revelan serias insuficiencias:

1. Una defensa técnica militar precaria: la Ley 1224 del 16 de julio de 2008 creó la “Defensoría técnica para los miembros de la Fuerza Pública”; sin embargo, presenta algunas inconsistencias:

(i) En el ámbito de su aplicación no garantiza el derecho fundamental a la defensa en materia disciplinaria. La defensoría técnica no contempló la defensa en el aspecto disciplinario, sólo se tuvo en cuenta el ámbito penal (artículos 1°, 2° y 5° parágrafo 8°, y 31), sin considerar que muchas veces bajo la misma cuerda procesal con que se siguen los procesos penales para los miembros de la Fuerza Pública se adelantan también los procesos disciplinarios por el órgano rector del Ministerio Público.

La Procuraduría General de la Nación inicia la investigación disciplinaria en contra de quienes se encuentran vinculados al caso “sin perjuicio de la acción penal” que promueva la Fiscalía General de la Nación o la Justicia Penal Militar, y al no contar con esta defensa en materia disciplinaria se contraviene el ordenamiento constitucional (art. 29 C. N.), así como el artículo 3° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

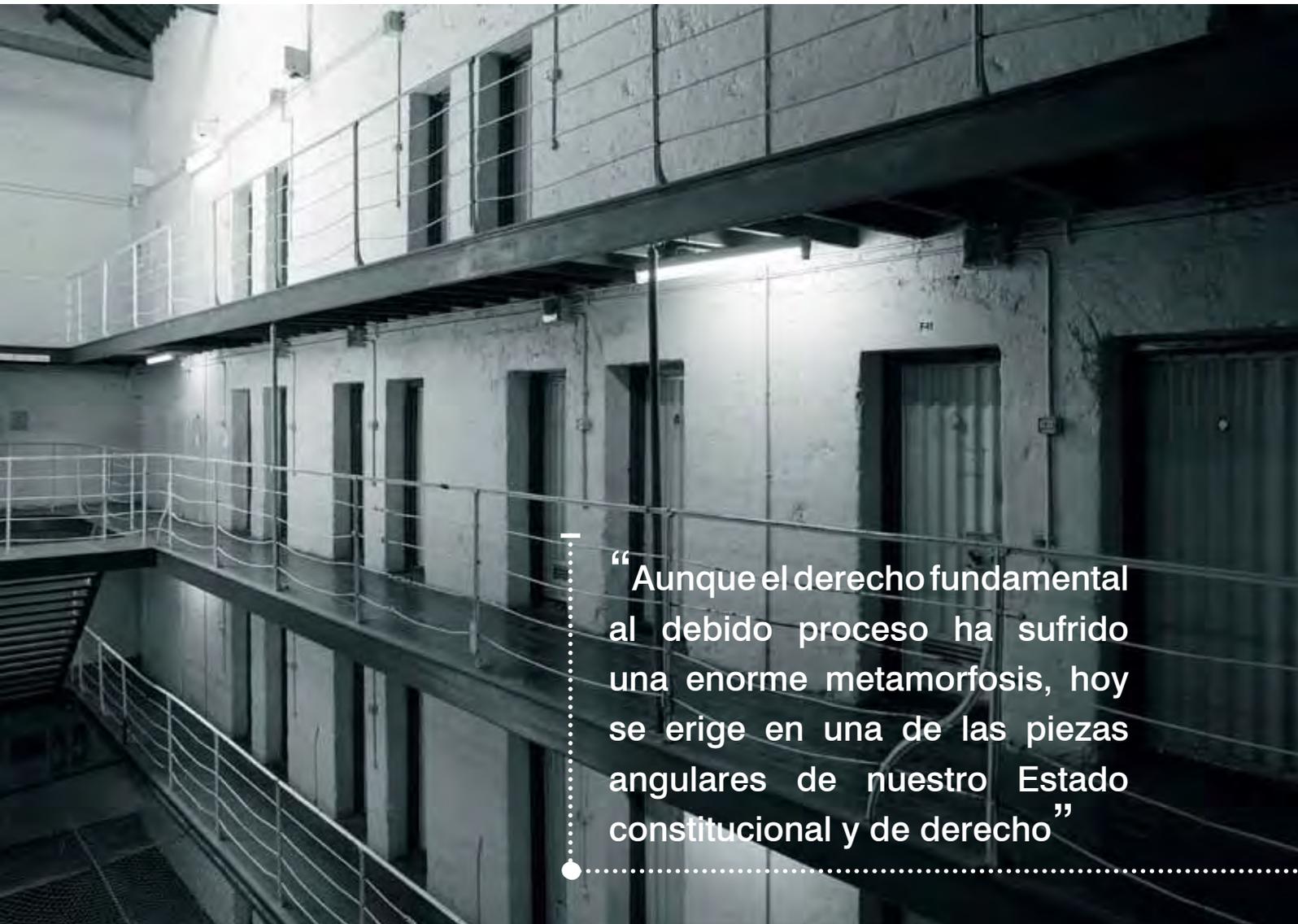
(ii) En el ámbito de su cobertura, sólo garantiza el derecho fundamental a la defensa para los casos que corresponda a la Justicia Penal Militar. La misma ley está garantizando cobertura de asistencia en defensa para los casos “...cuyo conocimiento corresponda a la Justicia Penal Militar”⁴. No obstante, al observar las estadísticas de carga procesal se puede evidenciar que la gran mayoría de los procesos que se adelantan por actuaciones operacionales en contra de los militares, están siendo considerados como violaciones de Derechos Humanos por la justicia ordinaria. Por lo tanto, quienes sean vinculados a investigaciones en la justicia ordinaria no tendrían la cobertura legal, y no contarían con el derecho constitucional de tener un defensor nombrado por el Estado, contrariando así lo dispuesto en el artículo 29 de nuestra Carta Política.

(iii) Las falencias en cuanto a su vigencia y derogatoria. El artículo 38 de la Ley 1224 de 2008 prevé que la Defensa Técnica Militar entra a regir a partir de la fecha en que empieza a funcionar el Sistema Penal Acusatorio en la Justicia Penal Militar. Por consiguiente, el derecho fundamental a la defensa asegurado por la Defensoría Técnica de la Fuerza Pública depende de que el sistema penal acusatorio sea incorporado en la Jurisdicción Penal Militar.

En consecuencia, esta ley no entra a regir a partir de la fecha de su promulgación, sino que está atada a la aprobación y entrada en vigencia de la ley que regula el sistema acusatorio en la Justicia Penal Militar. Por lo tanto, los militares o policías que se vean incurso en conductas punibles, sin que se haya incorporado integralmente por fases el sistema penal oral acusatorio, no gozan de los beneficios otorgados por la misma ley.

2. Una omisión relativa: La Ley 941 crea el Sistema Nacional de Defensoría Pública; sin embargo,

⁴ Art. 2°. Cobertura: El servicio de defensoría técnica se prestará a los miembros de la Fuerza Pública por conductas cometidas en servicio activo y en relación con el mismo, cuyo conocimiento corresponda a la Justicia Penal Militar.



“ Aunque el derecho fundamental al debido proceso ha sufrido una enorme metamorfosis, hoy se erige en una de las piezas angulares de nuestro Estado constitucional y de derecho ”

incurre en las siguientes omisiones relacionadas con los miembros de la Fuerza Pública: (i) Impone obligatoriamente a los miembros de la Fuerza Pública acreditar una incapacidad económica para acceder a la Defensa; (ii) No existe una barra de abogados con formación en doctrina militar, derecho militar y DIH; (iii) El sistema Nacional de defensoría pública presta su servicio exclusivamente en materia penal; (iv) No contempló un marco legal especial para el sistema de defensa de la Fuerza Pública, teniendo en cuenta su naturaleza de jurisdicción especializada; (v) El Sistema Nacional de Defensoría Pública no cuenta con los instrumentos necesarios para intervenir en los procesos judiciales de los miembros de la fuerza pública

en condiciones adecuadas de igualdad frente a los demás sujetos procesales.

Teniendo en cuenta que en el particular se trata de una omisión relativa, el silencio del legislador tiene efectos de exclusión, a los cuales, antes que hacer frente por la vía del control de constitucionalidad –por medio de las sentencias integradoras o interpretativas–, el legislador tiene la oportunidad de terminar con esta discriminación normativa mediante un proyecto de ley que garantice una defensoría técnica y especializada para los miembros de la Fuerza Pública.

B. El derecho fundamental a la defensa de los miembros de la fuerza pública desde las relacio-



nes especiales de sujeción y el derecho internacional de los derechos humanos.

El miembro de la Fuerza Pública se encuentra en una relación especial de sujeción con el Estado. De este modo, la Corte Constitucional ha acogido la definición acuñada por la doctrina, según la cual las relaciones especiales de sujeción se tratan de *“Relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resueltas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”*⁵.

La relación especial de sujeción es aquella que por la especialidad de la función militar y policial, y la asunción de las cargas impuestas, implica que un miembro de la Fuerza Pública tenga una inserción especial en la organización de la administración, en la que si bien el tratamiento de algunos de sus derechos fundamentales se encuentran limitados (derecho a la locomoción, derecho al voto, etc.), existe la obligación, en cabeza del Estado, de adoptar medidas que permitan la materialización del derecho fundamental a la defensa.

⁵ López Benítez, M. 1994. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid, Ed. Civitas, , pp. 161-162, citada por la Corte Constitucional, Sentencia T-023 de 2010, M. P.: Humberto Sierra Porto.

De este modo, se requiere de un especial tratamiento en pro de garantizar el derecho fundamental teniendo en cuenta la subordinación a la que han sido sometidos en razón a la naturaleza de los servicios prestados y la finalidad constitucional establecida en relación con su misión.

Si bien el derecho a la defensa le asiste a cualquier persona, indistintamente del ejercicio profesional que realice, es de anotar que en el caso de miembros de la Fuerza Pública solamente se materializa y por tanto se garantiza si se prevé un sistema de defensa que atienda la especificidad de la función y el conocimiento de las ciencias militares y policiales.

La formación jurídica no es per se una condición que garantiza el efectivo derecho a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública, si se tiene en cuenta que el ejercicio de su derecho debe responder a las situaciones de orden objetivo y material a que da lugar el cumplimiento de sus funciones, ejercicio que no es común a todos los abogados. La especialidad de las ciencias militares y policiales es la esencia fundamental para que exista un servicio de defensoría especializado, ya que con la simple asistencia jurídica no se materializa el derecho fundamental en cuestión de este grupo de personas.

De otra parte, desde la perspectiva de los derechos humanos, la CIDH ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías⁶.

En el ius cogens una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para

⁶ Cfr. Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C. n.º 68, párrafo 137.

asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Ahora bien, la CIDH ha precisado que la Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados, entre ellos el derecho fundamental a la defensa de todos los colombianos, incluso de los miembros de la Fuerza Pública⁷. Pero la Corte ha precisado que el deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*) y adecuadas al fin propuesto, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención.

Si el ordenamiento jurídico colombiano desconoce el derecho fundamental a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública, estaría incumpliendo con la obligación internacional de adecuar su derecho interno a la Convención, de manera que podría incurrir en el hecho de no hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención. En suma, si el Estado colombiano no adecua su ordenamiento estaría incumpliendo los deberes generales de *respeto* y *garantía* de los derechos protegidos por la Convención.

⁷ Cfr. “Principe allant de soi”; échange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, n.º 10, p. 20; y Caso Durand y Ugarte, supra nota 20, párrafo 136.

“La especialidad de las ciencias militares y policiales es la esencia fundamental para que exista un servicio de defensoría especializado, ya que con la simple asistencia jurídica no se materializa el derecho fundamental en cuestión de este grupo de personas”



Héroes Caidos en combate

“En honor y memoria de los soldados y policías que perdieron la vida combatiendo con la esperanza de lograr la paz para Colombia...”



... vale la pena fortalecer la Justicia Penal Militar para que las acciones de la Fuerza Pública sean reconocidas y evaluadas dentro del marco jurídico que corresponde”.

La responsabilidad del Mando en el marco del Derecho Internacional Humanitario

Teniente Coronel RUBÉN ORLANDO VARGAS
Fiscal Segundo ante el Tribunal Superior Militar

“El miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación realicen conductas violatorias de los derechos humanos”

Ahora que es de conocimiento de la opinión pública que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de fondo frente al recurso extraordinario de casación, en el caso de la tristemente célebre “Masacre de Mapiripán” ocurrida entre el 15 y el 20 de julio de 1977, y que la Fiscalía General de la Nación nos sorprende con la divulgación de nuevas y más reducidas cifras de las víctimas de tan lamentables hechos, saliendo a la luz la comisión de varias conductas punibles en que pudieron haber incurrido algunas de ellas y sus apoderados judiciales, conviene hacer unas breves reflexiones acerca de este tema tan trascendental, como lo es el de la responsabilidad del mando en el marco del DIH, habiéndonos quedado claro, desde aquella importante decisión de nuestra Corte Constitucional, que:

“...El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército japonés por ‘... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...’, ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma^{1...2}”.

¹ Cfr. Kai Ambos. *Temas del Derecho Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá 2001. Págs. 117 y ss. Traducción de Fernando del Cacho, Mónica Karaán, Óscar Julián Guerrero. Jaime Córdoba Triviño. *Derecho Penal Internacional*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2001. Págs. 37 y ss.

² Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.



Tribunal Militar de Estados Unidos en Núremberg - 20 de noviembre 1945



En ese marco, no debe olvidarse que el Derecho Internacional Humanitario, impone a los superiores el deber de velar porque sus subordinados respeten las normas de ese ordenamiento jurídico durante los conflictos armados y las hostilidades, lo cual presupone no solamente instruirlos con respecto a tales disposiciones, sino tomar las medidas que sean pertinentes para prevenir que estos las infrinjan, y castigar a quienes lo hagan, de suerte que los superiores que omiten cumplir con tales obligaciones, incurrir en responsabilidad penal, también llamada responsabilidad del superior, y deben esperar que la pena refleje la gravedad y la índole del crimen cometido por el subordinado.

Otro de los casos emblemáticos en los que se ha fincado este tipo de responsabilidad, es el denominado United States frente a Wilhelm Von Leeb et al, (High Command Case), posterior a la Segunda Guerra Mundial, en el que se dijo que:

“... Conforme a los principios básicos de la autoridad y la responsabilidad del mando, el Oficial

que a sabiendas de que sus subordinados están ejecutando una orden criminal de sus superiores, se mantenga al margen, viola una obligación moral del Derecho Internacional. El no hacer nada no le permite lavarse las manos de la responsabilidad Internacional...”.

Los señalados precedentes y a ellos sumados, como arriba se indicara, los del Tribunal Internacional para Lejano Oriente (el Tribunal de Tokio) y el Tribunal Militar de Estados Unidos, en Nuremberg, influenciaron de alguna manera la redacción del texto del artículo 86 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, del 8 de Junio de 1977, indicándose en el numeral 2º de dicha disposición que:

“... El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción...”

De acuerdo con lo que se viene indicando, y a partir de la jurisprudencia de los señalados Tribunales internacionales, son tres las condiciones que en términos generales deben cumplirse para establecer esa responsabilidad del mando, y son las siguientes:

Debe existir una relación superior-subordinado, relación que puede ser de “jure” o de facto, y su factor determinante es el ejercicio del mando, el control o la autoridad efectivos³.

En segundo lugar, debe establecerse que el superior sabía o tenía motivos para saber que uno o varios subordinados cometieron o iban a cometer actos criminales. Frente a esta segunda exigencia,

el Artículo 86-2 del ya citado Protocolo Adicional I, nos amplía este concepto al señalar que los superiores serán responsables si poseían información que les hubiera permitido concluir, en las circunstancias del momento, que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer tal infracción.

Finalmente, debe establecerse que el superior omitió tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar la comisión de esos actos.

Ahora bien, en cuanto hace referencia al tratamiento que se le da al tema en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, concretamente en su Artículo 28, se proponen dos normas separadas, pues en el caso de los Jefes Militares, la condición para atribuir esa responsabilidad de la que venimos hablando, es que la persona hubiere sabido o en razón de las circunstancias del momento hubiera debido saber que las fuerzas bajo su mando estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos, mientras que para atribuir responsabilidad a los superiores no militares se hace menester demostrar que la persona tenía conocimiento o que deliberadamente hizo caso omiso de información que indicaba claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos, siendo ese el enfoque adoptado por el TPIR en el caso Kayoshema & Ruzindana, tras citar el Artículo 28 del Estatuto de la C.PI., al introducir requisitos adicionales que deben reunirse a fin de establecer que un superior jerárquico no militar tenía la “mens rea” (mente culpable) necesaria para ser considerado responsable en razón de la responsabilidad del mando, es decir, que debe demostrarse no sólo que el superior no militar contaba con información relacionada con los actos de sus subordinados, sino que además y de manera deliberada, hizo caso omiso de esa información.

En ese entendido, y conforme al Estatuto de la C.PI., en el caso de los superiores jerárquicos no militares, se hace necesario establecer un elemento de certidumbre y no de simple posibilidad, con respecto a la comisión de los crímenes graves como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las infracciones del artículo 3 común a los

³ Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), sentencia en el caso de Prosecutor vs. Delalic et ál. (Calebici).

Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional II, de manera que al exigirse demostrar que los jefes no militares “deliberadamente hicieron caso omiso” a esa información que les “indicaba claramente” que los subordinados estaban realizando acciones delictuales, la carga de la prueba se hace más exigente para poder enjuiciarlos por infracciones del DIH sobre la base de la responsabilidad del mando, sin que se deba desconocer que ese tipo de responsabilidad se ha constituido en un instrumento fundamental para los Fiscales de los Tribunales Internacionales, para poder enjuiciar a Jefes de Estado, Ministros y otros funcionarios de alto nivel, que en tal condición, desempeñaban un papel de inusitada importancia en la supervisión y en ordenar la comisión de esa clase de crímenes, sin que fuera necesaria su presencia en los escenarios en donde se cometieran los mismos.

Así las cosas, la aplicación de un concepto de “mens rea” más estricto para enjuiciar a los superiores no militares, se justifica en cuanto las relaciones entre superiores y subordinados en los contextos civiles, generalmente se basan en el control de facto más que en el de “jure”, al paso que la existencia de relaciones comparativamente más formales e institucionalizadas en los ámbitos militares, subraya la exigencia de que los superiores militares actúen sobre la base de información, así esta no sea del todo clara, de que sus subordinados puedan estar infringiendo las normas del DIH.

No sobra destacar, para ir concluyendo, que tanto el Derecho Internacional Humanitario, como la Justicia Penal Internacional, atribuyen a los superiores mayor responsabilidad que a sus subordinados por lo que atañe a prevenir infracciones de la ley, y ello precisamente por cuanto debido a su alta posición en la jerarquía, tienen el ineludible deber de velar porque el DIH sea debidamente respetado y que las infracciones se repriman de manera apropiada, siendo en ese marco evidente que los Tribunales Internacionales han tenido en cuenta en sus decisiones, la posición de mando de los acusados, que se considera en sí misma como un agravante, teniendo igualmente presente que cuando el superior omite castigar a sus subalternos por cometer crímenes o no impiden que los cometan, se crea una impresión de tolerancia, aquiescencia o incluso aprobación con respecto a los actos de sus subordinados, lo que explica la imposición de penas más rigurosas a los Superiores, pues el mayor rango que se ostente, viene acompañado de la responsabilidad y de la obligación de intervenir, y en esa medida sería incorrecto que los mandos pudiesen eludir toda responsabilidad con el simple argumento de que no empuñaron el arma que descargó el golpe fatal, como tampoco puede admitirse que los subordinados que infringen las normas del DIH, eludan el castigo con el pretexto de que sólo cumplían órdenes, cuando las mismas estaban inexorablemente maculadas por la ilegalidad.



La legalidad y legitimidad de la Justicia Penal Militar en el Estado Social de Derecho

Reflexiones a decisiones sobre su competencia



Capitán de Navío (r) **CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA**
Magistrado Tribunal Superior Militar

De manera por demás reiterada se ha venido afirmando por parte de los críticos y detractores de la Justicia Penal Militar, que esta carece de legalidad y legitimidad, como consecuencia de credibilidad; entre otros aspectos, por estar ubicada en la Rama Ejecutiva del Poder Público, integrada por personal militar y policial en servicio activo, por carecer de independencia y autonomía, por no tener sus decisiones el carácter de judiciales, por mencionar algunas.

Nada más apartado de la realidad las infundadas acusaciones que se le pretenden endilgar, desconociendo no solamente principios constitucionales y legales, sino también precedentes judiciales que le dan la facultad y atribución de administrar justicia¹, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

La Corte Constitucional, como guardiana de la Carta Política, le ha fijado a la Jurisdicción Penal Militar el marco jurídico dentro de la misma estructura del Estado², al señalar que administra justicia pero dentro de la Rama Ejecutiva del poder público, estableciendo además el alcance del fuero penal militar como excepción al principio del juez natural, otorgándole de esta forma legalidad y legitimidad como sistema de administración de justicia.

El mismo desconocimiento de la normatividad que la rige y de las decisiones judiciales de las altas Cortes sobre la materia, ha permitido que se le cuestione en temas coyunturales, especialmente en lo que concierne a su competencia, olvidando que las normas de esta justicia especializada han sido objeto de control constitucional desde épocas pretéritas, en especial desde la Constitución de 1886; posteriormente en la de

¹ Artículo 116, Constitución Política.

² Sentencia C-037/96, Corte Constitucional.



1991, y recientemente en temas como el nuevo Código Penal Militar sancionado, promulgado y vigente a la fecha, como lo expresó la Corte Constitucional³.

Se desconoce y se olvida, por ejemplo, que dentro del proceso penal militar intervienen imperiosamente el Ministerio Público a través de sus Procuradores Judiciales en todas las actuaciones y trámites. En el mismo sentido, la víctima puede intervenir como sujeto procesal, en el caso particular de la Ley 1407/10 bajo los criterios de verdad, justicia y reparación; que reconoce los mismos principios rectores del derecho penal y procesal penal común; que operan además los recursos de ley que prevé la justicia ordinaria, consagrando la doble instancia por mandato constitucional, así como la acción de revisión, con un órgano de cierre como lo es la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal.

Como lo ha venido afirmado la Corte Constitucional y la Corte Suprema, la Justicia Penal Militar no es un compartimiento estanco, por el contrario, está sometida a la Constitución y a la ley; se rige por los principios rectores de la administración de justicia, con jueces, por demás, conocedores en temas propios de la naturaleza de la Fuerza Pública, que deciden en derecho dentro de esta justicia especializada⁴.

Lo cierto es que la discusión más polémica se centra en la competencia que asume la Justicia Penal Militar por mandato constitucional y en ejercicio de la acción penal, como órgano de administración de justicia que es, presumiéndose muchas veces por la misma opinión pública, profesionales del derecho y críticos, que sus actuaciones no son transparentes, cuando sus funcionarios judiciales no son ajenos al control y vigilancia de la Procuraduría General de la Na-

³ Corte Constitucional, Sentencia C-444 de mayo de 2011.

⁴ *Ibidem*.

“El desconocimiento de la normatividad que la rige y de las decisiones judiciales de las Altas Cortes sobre la materia han permitido que se cuestione a la Justicia Penal Militar en temas coyunturales, especialmente en lo que concierne a su competencia”

ción, a ser investigados por la Justicia Ordinaria o Militar cuando son denunciados por supuestas actuaciones ilegales, tratándose de funcionarios civiles (Justicia Ordinaria) o en el evento de personal militar o policial a su servicio (por el Tribunal Superior Militar), siendo para estos eventos la segunda instancia la Honorable Corte Suprema de Justicia.

No cabe duda alguna de que quienes administran justicia, jueces y funcionarios judiciales, en general, se comunican a través de sus decisiones o actuaciones dentro del proceso, siendo este el único medio para hacerlas conocer de quienes intervienen en las fojas, y obviamente de la misma sociedad.

Como se mencionó anteriormente, la crítica fuerte se centra en las investigaciones que asume, especialmente de las que surgen de las operaciones militares o procedimientos policiales en delitos como el homicidio y lesiones personales que debe adelantar la jurisdicción Penal Militar en ejercicio de la acción penal, bajo la presunción de que actúa dentro de la facultad otorgada por la Constitución⁵ y la ley⁶, sumado a los aspectos o fundamentos jurisprudenciales que delimitan el ámbito de su competencia funcional.

Como complemento de lo anterior, la misma Constitución en su artículo 256 numeral 6 le asignó la función, al Consejo Superior de la Judicatura, de dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre las diversas jurisdicciones, entre ellas, los que se presenten entre la Justicia Penal Militar y la Justicia Ordinaria.

Sobre este tema deseo hacer especial énfasis debido a recientes pronunciamientos del Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Disciplinaria, y lo hago bajo una óptica meramente académica pero de importancia no solo para nuestra jurisdicción, sino también para la administración de justicia, la sociedad y el derecho.

Si acudimos a una definición de lo que es un conflicto de competencias, de manera llana podríamos decir que es aquel que se produce entre juzgados y tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados a la administración de justicia, por considerarse competentes o incompetentes para el conocimiento de un determinado asunto y que se resuelve por una autoridad judicial especial.

Lo anterior para colegir, en mi sentir, que los recientes y respetables pronunciamientos de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se apartan efectivamente de lo que significa y representa la figura de la colisión de competencias y de la función que le asigna la Carta Política para estos efectos jurídicos. En este sentido, la misma Sala no ha tenido criterio unificado en sus decisiones recientes como lo veremos seguidamente y como lo reconoce esa Corporación.

El punto está precisamente en la hermenéutica constitucional de la norma “dirimir conflictos de competencia” y en este sentido ha sido la honorable Corte Constitucional la llamada a aclarar que no se puede confundir la determinación de la competencia con la resolución de conflictos. La primera de estas nociones – indica la Corte – se refiere al estudio juicioso que realiza todo juez cuando contra él se presentan ciertos hechos que pueden llegar a ser de su conocimiento como autoridad judicial, luego de lo cual concluirá si cuen-

⁵ Artículos 116 y 221, Constitución Política de Colombia.

⁶ Artículo 2º de la Ley 522 de 1999.

ta o no con la potestad de conocer el caso que se le ha expuesto. La segunda, que comporta un significado distinto, está referida al momento en el cual se entraba una colisión entre dos jueces, cada uno de los cuales o bien arroga sobre sí la facultad para conocer y decidir sobre los hechos, o al contrario, rechaza su facultad legal para llevar a cabo la función jurisdiccional. Es para casos como estos –agregó el alto Tribunal– para los cuales el constituyente determinó, de manera expresa, que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura resolver con base a las disposiciones jurídicas, a quién le atañe asumir el conocimiento del proceso⁷.

Diáfana la argumentación de la Corte Constitucional, sobre la figura jurídica de la colisión de competencias de la función específica del Consejo Superior de la Judicatura, interpretación ceñida al marco constitucional y a lo que quiso en su momento el Constituyente Primario en lo que le compete a la Sala Disciplinaria.

Por esta razón, resultan por demás desconcertantes, a la luz de lo expuesto por la misma Corte Constitucional, las decisiones tomadas recientemente por el Consejo Superior de la Judicatura en lo que tiene que ver, no con la función constitucional de dirimir conflictos de competencia, sino en la “asignación” que ha venido haciendo en el caso concreto a la justicia ordinaria, sin que se genere o se trabaje lo que bien resalta la Corte: “los conflictos de competencia”.

En pronunciamiento del honorable Consejo Superior de la Judicatura - Sala Disciplinaria⁸ se hizo alusión a que antes de que se produjera el tránsito en nuestro ordenamiento jurídico del sistema penal inquisitivo, característico del Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000, hacia el Sistema Acusatorio conforme al mandato constitucional del Acto Legislativo No. 03 de 2002, desarrollado en la Ley 906 de 2004,



esa superioridad venía sosteniendo que para entender debidamente trabado un conflicto de jurisdicciones, se requería como elemento esencial la presencia de una disputa entre dos autoridades, bien fuera reclamando ambas la competencia para dirimir un litigio (conflicto positivo), o ambas rehusando su conocimiento (conflicto negativo).

Para la Sala Disciplinaria con la entrada en vigencia de la Ley 906 surgió al interior la discusión si con el nuevo sistema penal acusatorio era sostenible tal postura, tomando decisiones como en el auto de fecha 14 de agosto de 2006, donde dispuso que:

“...Para efectos de definir la competencia de una autoridad judicial para conocer de determinado asunto, basta, sin más, que el juez ante el cual se haya presentado la acusación manifieste su incompetencia y remita el expediente a quien por virtud de la ley corresponda definir el asunto para que de plano se pronuncie sobre el tema...”⁹.

Es la misma Sala Disciplinaria la que a través de auto de fecha 17 de junio de 2009, se aparta de este criterio y se abstiene de dirimir el aparente conflicto, al considerar –en sano y lógico criterio desde mi punto de vista–, que al obrar pronunciamientos sólo de una de las autoridades judiciales, en modo alguno se podía predicar la existencia de un conflicto de jurisdicciones, de tal manera

⁷ Sentencia C-361/2001 M. P. Gerardo Monroy Cabra, T-806/2000. M. P. Alfredo Beltrán Sierra y T-1001/2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ Consejo Superior de la Judicatura, radicado 110010102000201102875 00/1711C, del 24 de noviembre de 2011. M. P. José Ovidio Claros Polanco.

⁹ Sentencia T-806/2000 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.



que cuando falta el pronunciamiento de alguna de las autoridades, se entendía que el conflicto no está trabado y, en consecuencia, la Sala se inhibía de dirimirlo.

Esta decisión fue ratificada con ponencia de la Magistrada MARÍA MERCEDES LÓPEZ MORA¹⁰ de fecha 14 de septiembre de 2009 al aclarar que:

“...mientras no se trabe entre dichos funcionarios esa controversia jurídica, no puede presentarse procesalmente la colisión, en otras palabras si no surge el conflicto, si no aparece la controversia entre distintos funcionarios no puede presentarse el fenómeno de la colisión y por obvias razones no se habilita la competencia para resolver por este Juez el conflicto...”

Este pronunciamiento contó con aclaración de voto de cuatro de sus integrantes, al considerar que con anterioridad en el radicado 2009-2080, aprobaron la decisión de asignar la competencia a la jurisdicción ordinaria, no obstante no encontrarse debidamente trabado el conflicto, por cuanto en ese específico caso la Sala se apartó del precedente en aras de garantizar el principio de economía procesal, dada la trascendencia social de las conductas objeto de investigación y la salvaguarda de preclaros derechos fundamentales tanto de los sujetos procesales como de las víctimas, toda vez que al analizar el caso concreto

era necesario garantizar por parte de esa Colegiatura una decisión de fondo en la cual se esclarecieran los hechos objeto de investigación y se garantizara la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, asignando la competencia a la justicia ordinaria.

Esta postura sería la tesis predominante por parte de esa Corporación¹¹ para pronunciarse sobre la definición de competencia solicitada por la representante de las víctimas dentro del proceso iniciado por el homicidio de Diego Felipe Becerra Lizarazo, un joven de 16 años que se dedicaba a pintar grafitis, investigación que se adelanta contra un Patrullero de la Policía Nacional por estos hechos, iniciada por la Fiscalía 13 Delegada de la Unidad de Vida de Bogotá y que fuese remitida por competencia –una vez analizada la evidencia y los elementos materiales de prueba– a la Justicia Penal Militar, Juzgado 142 de Instrucción Penal Militar, con fundamento en el artículo 221 de la Constitución Política, considerando la justicia ordinaria en cabeza de la Fiscalía, que con fundamento en la situación fáctica y las diligencias adelantadas, se reunían los presupuestos constitucionales para que el conocimiento estuviese en cabeza de la jurisdicción castrense.

Los argumentos de la decisión de la Sala Disciplinaria no son otros distintos a que se hacía necesario garantizar no sólo el principio de economía procesal, sino también la salvaguarda de los derechos fundamentales tanto de los sujetos procesales, como de las víctimas, permitiendo que el apoderado judicial de estas últimas acuda directamente ante el Consejo Superior de la Judicatura a solicitar “definición de competencias” pese a no haberse trabado el conflicto entre la Jurisdicción Penal Militar y la Ordinaria.

Sobre esta consideración la Sala Disciplinaria se apartó, no sólo en el tema del alcance y la interpretación que le ha dado la Corte Constitucional al artículo 256 numeral 6 de la Carta, sino de al-

¹⁰ Consejo Superior de la Judicatura, radicado 110010102000200902089-00, del 14 de septiembre de 2009. Sala No. 092 de 2009. M. P. MARIA MERCEDES LÓPEZ MORA.

¹¹ Consejo Superior de la Judicatura, radicado 110010102000201102875-00/1711 del 29 de noviembre de 2011. M. P. JOSÉ OVIEDO CLAROS POLANCO, Acta No. 112 de la misma fecha.

gunas decisiones ya tomadas por la misma Corporación como se mencionó precedentemente.

No permite la Constitución ni aún la Ley 270 en su artículo 112 numeral 2, interpretación distinta a la que se ha venido afirmando, en el sentido de que no puede presentarse procesalmente la colisión si no surge el conflicto, si no aparece la controversia, en este caso en particular, entre la Justicia Penal Militar y la Ordinaria. Por consiguiente, si no se traba conflicto de competencia, simple y llanamente no hay colisión, sin querer decir con ello que las partes, los sujetos procesales o intervinientes, –según el sistema procesal adoptado por las jurisdicciones–, no puedan solicitar a los jueces de una u otra jurisdicción que se suscite o provoque colisión de competencia.

No existe actualmente norma alguna que permita la “definición” de competencia –como lo cataloga la Sala Disciplinaria a esa Corporación– para asignarla como lo hizo y lo ha venido haciendo a través de varias decisiones, a la jurisdicción ordinaria. En este sentido ya el Tribunal Superior Militar había realizado un pronunciamiento¹² sobre las disposiciones de la Ley 906 de 2004 que menciona el Consejo Superior de la Judicatura, en particular sobre su Capítulo VI “Definición de Competencia”, artículo 54 que establece un trámite pero al interior de la Justicia Ordinaria, diferente al alcance de lo que la Corte Constitucional ha definido como conflicto de competencias. Con esto podemos afirmar que el Consejo Superior de la Judicatura no define competencias, dirime conflictos de competencia que es diferente en su alcance y contenido; además de que no existe normal legal en el Código Castrense ni en el ordinario que regule o establezca el procedimiento para dirimir conflicto de competencia entre la jurisdicción penal militar y la ordinaria.

Frente al tema de qué autoridad es competente para resolver los conflictos de competencia entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria, resulta relevante citar una providencia de la Sala de Ca-

¹² Radicado 157097, Tribunal Superior Militar, 14 de septiembre de 2011, M. P. CN (r) Carlos Alberto Dulce Pereira.



sación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 28 de mayo de 2008, en la que con ponencia del doctor José Leonidas Bustos Martínez, dentro del radicado 29531, se conoció de un supuesto conflicto negativo de competencia, frente al cual se argumentó que la Corte es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 C.P. y art. 15 de la ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) y que por ello solo puede resolver los conflictos de competencia que se presenten dentro de la misma jurisdicción, tal como lo establece el artículo 17.3 de la precitada ley que respecto a las atribuciones de la Sala Plena de esta corporación dice: “Resolver los conflictos de competencia en la Jurisdicción Ordinaria, que no corresponda a alguna de sus Salas u a otra autoridad judicial”, y el artículo 18 ibídem dice:

“Los conflictos de competencia que se susciten entre autoridades de la jurisdicción ordinaria que tenga distinta especialidad jurisdiccional y que pertenezcan a distintos distritos, serán resueltos por la Corte Suprema de Justicia en la respectiva sala de casación que de acuerdo con la ley tenga el carácter de superior funcional de las autoridades en conflicto, y en cualquier caso u otro evento por la Sala Plena de ésta corporación”.

Es decir, que la sala plena, en este sentido, tiene una competencia residual. Por su parte, la Ley 906 de 2004 en su artículo 32.4 establece que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce “de la definición de competencia cuando se trata de aforados constitucionales y legales, o de tribunales, o de juzgados de diferentes distritos”.

En este sentido se dijo que la Justicia Penal Militar no forma parte de la jurisdicción ordinaria y que por ello la Corte Suprema de Justicia en pleno o en sus salas no puede dirimir conflictos de competencia, más aún cuando si bien la justicia penal militar según el artículo 116 superior administra justicia, lo hace sobre los sujetos sometidos a su ámbito, por lo demás, hace parte de la fuerza pública y no de la rama judicial. También aclaró que el hecho de que la Corte Suprema de Justicia conozca del recurso extraordinario de casación de las sentencias proferidas por la Justicia Penal Militar no significaba que ella hiciera parte de la rama judicial pues la Corte solo asume una relación funcional y no orgánica tal y como lo dijo la Sentencia C-037 de 1996. Además, la forma en que la Justicia Penal Militar administra justicia tiene que ser coherente con las garantías previstas para el proceso penal ordinario; esto no podría ser distinto en un Estado



Social de Derecho en el que se garantiza el derecho a la igualdad (art. 13 C.P).

Por estas razones, la Corte Suprema de Justicia remitió el expediente al Consejo Superior de la Judicatura, a quien consideró competente para resolver el conflicto de jurisdicciones.

Quiere decir lo anterior, que lo dispuesto en la Ley 906 sobre conflictos de competencia, está referido expresamente a situaciones que ocurran dentro de la misma jurisdicción. Dicha ley, en consecuencia, no regula el conflicto entre jurisdicciones.

Otro aspecto importante a mencionar, relacionado con la decisión de la Sala Disciplinaria, de fecha 29 de noviembre de 2011, es que si bien está claro que existen principios rectores como el de la economía procesal, el acceso a la administración de justicia y la salvaguarda de los derechos fundamentales, lo cierto es que no se pueden desconocer mandatos constitucionales, pues huelga decir que no está probado que dentro del proceso penal mencionado se hayan vulnerado garantías o derechos, menos aún se puede señalar que por el hecho de no haberse tenido acceso al proceso que adelantaba la Justicia Penal Militar por las razones que en su momento adujo el funcionario de la jurisdicción especializada, sea éste el tamiz para afirmar que por el hecho de que el despacho que tiene a su cargo la investigación penal no permitió realizar la diligencia de visita al expediente con el objeto de obtener mayores elementos de juicio para decidir la solicitud realizada por la apoderada de las víctimas, y ante la no obtención de elementos de juicio, la competencia le sea asignada a la Jurisdicción Ordinaria.

Más aún, no deja de sorprender que se afirme que:

“...ante la falta de garantía que tuvo para acceder a la información requerida, constituye esta una razón de más para enviar las diligencias al juez ordinario, resultando apenas razonable inferir que tampoco las víctimas contarán con las garantías que les asisten como intervinientes...”

Concluyendo que existiendo, para el juez del conflicto, una duda razonable sobre la relación de los hechos con el servicio, debe atenderse el principio general de competencia en materia penal, según el cual, es la justicia ordinaria quien debe seguir conociendo del proceso penal, razón por la cual le asigna el conocimiento de las diligencias a la jurisdicción ordinaria.

Surgen, entonces, los siguientes interrogantes para los entendidos: ¿Dónde está el conflicto de jurisdicciones? ¿Quiénes lo suscitaron? ¿Dónde están las pruebas, la evidencia o elementos materiales probatorios que permitan inferir que efectivamente con base en éstas, el conocimiento y competencia debe ser de la Justicia ordinaria? ¿Dónde obra la prueba que así lo amerite? ¿No son acaso los funcionarios los que tienen que remitir la actuación para su estudio? ¿En qué momento la Justicia Penal Militar trabó el conflicto?

Lo paradójico es que la misma Sala en su decisión afirma que todo operador judicial para adoptar cualquier decisión debe recaudar pruebas y realizar análisis serios de las diferentes hipótesis delictivas que muestre una investigación, pero en particular de todos los medios probatorios que conforman la foliatura, pues de ellos surgirán los elementos necesarios que en últimas servirán para establecer cuál es la autoridad competente, lo cierto es que en el presente caso hay ausencia total de tales elementos, ello ante la renuencia de la Justicia Penal Militar en permitir el acceso al expediente. Por esa ausencia y renuncia, le asigna a la justicia ordinaria la competencia.

No deja de sorprender este pronunciamiento a quienes somos estudiosos del derecho y lo ejercemos en sus diferentes áreas. Sólo y para terminar, dejo en decisiones de la respetada Corte Constitucional lo que en últimas debe primar:

“...la duda a que alude el Consejo Superior de la Judicatura en su decisión, debe ser, de acuerdo con la doctrina constitucional como factor determinante de la asignación de competencia a favor de la jurisdicción penal ordinaria...”

ria, aquella que resulte razonable, debidamente fundada o calificada, y que emerja de forma racional y manifiesta de los elementos de juicio que, en su conjunto, deben ser analizados por el operador jurídico a quien la Constitución y las leyes asignan la función específica de dirimir los conflictos de competencia...¹³ (Su-brayado nuestro).

Es la misma Corte, la que expresamente señala que entender como vinculante y de obligatoria observancia cualquier clase de duda –la mínima, simple o irrelevante– podría conllevar a un abuso del derecho pues, en la gran mayoría de los casos, por no decir en todos, el Tribunal de conflictos se vería forzado a resolver la colisión de competencias en favor de la justicia penal ordinaria, perdiendo toda eficacia la institución jurídica del fuero penal militar y, en consecuencia, el derecho subjetivo que le asiste a los miembros de la fuerza pública en servicio activo de ser juzgados por tribunales castrenses en los términos del artículo 221 Superior¹⁴.

Como bien lo manifestó la misma Corte Constitucional¹⁵, precisamente dentro de una acción de tutela contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la principal obligación de los jueces consiste en motivar sus decisiones aduciendo las razones de hecho y de derecho que le permitan arribar a la decisión que ponga fin a la controversia, motivación que no sólo permite a las partes conocer los fundamentos que tuvo el juzgador para llegar a la conclusión determinada, sino el mecanismo a través del cual se busca evitar la arbitrariedad del Estado. Es precisamente este el argumento para indicar que no puede ser el resultado de una valoración subjetiva y caprichosa el caso sometido a examen, pues esto sería desconocer no sólo el principio de legalidad, sino también el debido proceso.

¹³ Sentencia T-1001/2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴ Sentencia T-1001/2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵ Sentencia T-806/2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

No se trata de señalar que la competencia tenga que estar en cabeza de la Justicia Penal Militar, lo que se exige es que las decisiones atiendan no sólo la normatividad constitucional, sino también la línea doctrinal de la honorable Corte Constitucional en lo que tiene que ver con el trámite de las colisiones de competencia entre esta jurisdicción y la ordinaria, que como se indica, necesariamente debe aflorar entre los funcionarios de cada una de ellas, de lo contrario no emerge la función que le asigna la Carta Política al Consejo Superior de la judicatura en su Sala Disciplinaria, en su artículo 256 numeral 6, en concordancia con el artículo 112 numeral 2 de la Ley 270 de 1996.

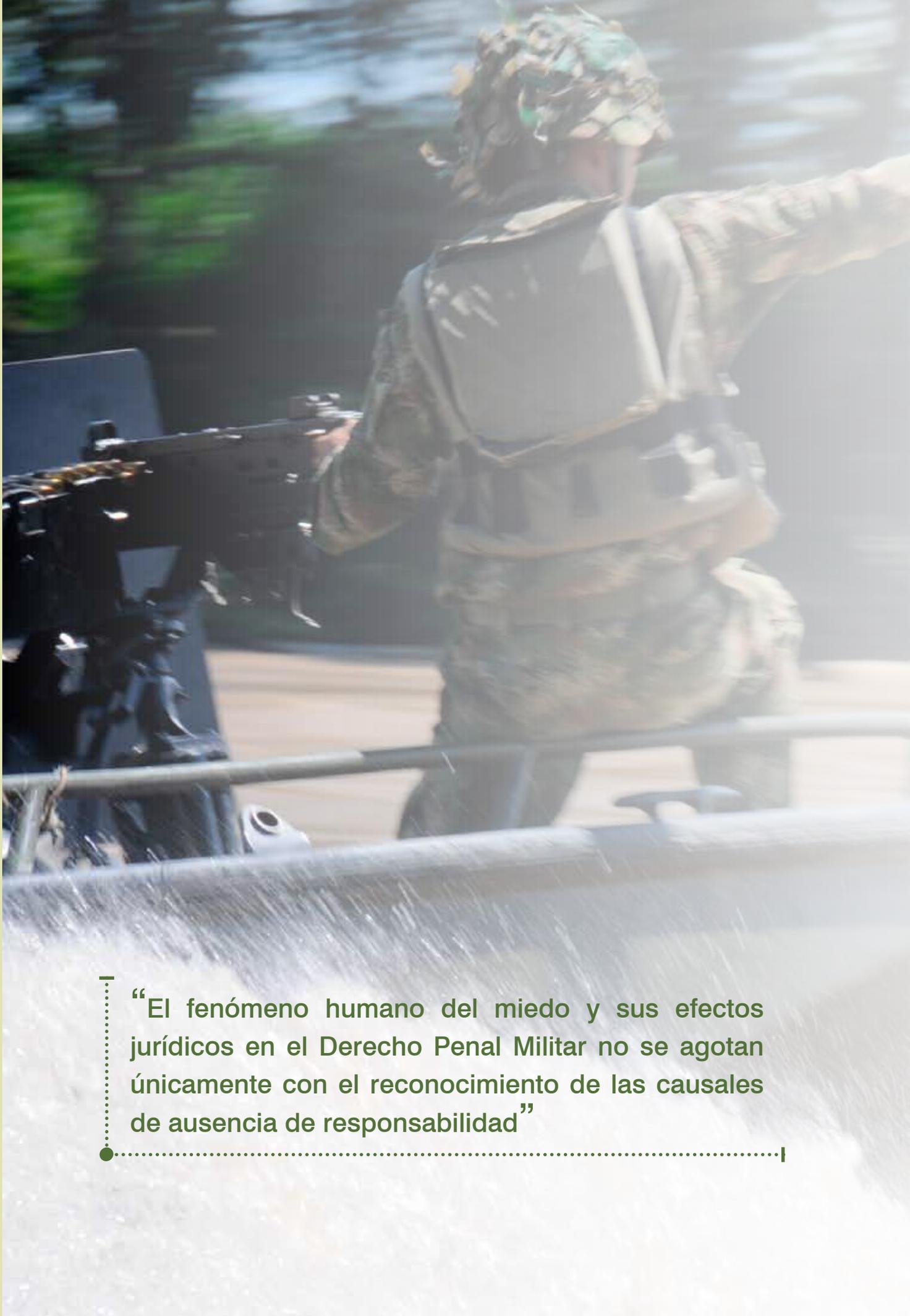
Finalmente, todos los procesos penales tienen relevancia social, empero este no puede ser el criterio para asignar competencias y menos considerarse que ante la existencia de algún grado de incertidumbre acerca de qué fue lo que verdaderamente aconteció, sin tener los elementos de juicio para así afirmarlo, ese simple hecho amerite asignar una competencia sin la existencia de conflicto, sin que se haya entrabado el mismo y sin los elementos de juicio que se derivan de lo fáctico y probatorio. Si esa es la conclusión, cómo se puede esperar que la incertidumbre se convierta en factor preponderante para una decisión en derecho, como la comentada.

Los Tribunales y los jueces, como bien lo consagra la Constitución, solo están sometidos al imperio de la Constitución y la Ley dentro del Estado Social y democrático de derecho. Su legalidad y legitimidad está en esa concepción de Estado; sus principios obedecen a ese norte y su aplicación a través de sus funcionarios está bajo el prisma de los principios que rigen la Carta y el derecho penal. Ninguna jurisdicción está exenta de su cumplimiento y jamás se puede presumir que la Justicia Penal Militar no los cumple por el prurito de estar adscrita a la Rama Ejecutiva del poder público y ser sus jueces especializados militares y policiales uniformados en servicio activo. Sus decisiones gozan de presunción de legalidad y sus actuaciones del principio de autonomía, imparcialidad y buena fe. Las críticas son de buen recibo, pero el respeto a la institucionalidad no se puede perder.

Precisiones sobre la Ley 1407 de 2010, frente a la figura del miedo como causal de inculpabilidad e inimputabilidad

Teniente **RODRIGO ANDRÉS MÉNDEZ CAMPOS**
Juez 156 de Instrucción Penal Militar
Policía Nacional





“El fenómeno humano del miedo y sus efectos jurídicos en el Derecho Penal Militar no se agotan únicamente con el reconocimiento de las causales de ausencia de responsabilidad”

La entrada en vigencia del nuevo Código Penal Militar, el día 17 de agosto del año anterior, trajo consigo cambios no solo relacionados con la implementación de un nuevo sistema procedimental de tinte acusatorio, aunque esta parece ser la más popular de todas las modificaciones; sin embargo, al margen de esta, el nuevo catálogo castrense supone cambios en el ámbito punitivo con el incremento de penas en algunos delitos; también, en la parte especial con la supresión de algunos delitos; de la misma forma ha establecido una delimitación expresa de algunos delitos que no guardan relación con el servicio, pero particularmente, y en relación con el tema que nos convoca, de manera concreta en las causales de ausencia de responsabilidad se reconoció el miedo insuperable como causal de ausencia de responsabilidad. Así las cosas, y limitándonos a este tópico pocas veces estudiado, es nuestro objetivo realizar algunas reflexiones frente a este fenómeno con el fin de plantear ciertos parámetros que puedan servir para dar un uso adecuado de la figura, sin exageraciones en su aplicación pero tampoco cobijándola con el olvido al punto que repose en el código como una baluarte lingüístico carente de desarrollo pragmático.

1. Situación actual del miedo en el Derecho Penal Militar

En el actual marco jurídico las causales de ausencia de responsabilidad entendidas como aquellas circunstancias hipotéticas, taxativamente establecidas en el ordenamiento penal en virtud de las cuales, a pesar de existir la comisión objetiva de un delito, se exime de responsabilidad a quien lleva a cabo el comportamiento reprochable, se fundamentan en dos cimientos claramente definidos dogmáticamente, por un lado la justificación y por otro la inculpabilidad. Sin embargo, el fenómeno humano del miedo y sus efectos jurídicos en el Derecho Penal Militar no se agotan únicamente con el reconocimiento de las causales de ausencia de responsabilidad.

Sin lugar a dudas, el miedo como sentimiento inherente de los seres humanos cuyos efectos de respuesta extraordinarios pueden plantear situa-

ciones de afección a la conciencia de los sujetos activos de delitos, debe ser efectivamente tratado de manera especial, cuando las circunstancias fácticas permiten deducir que el infractor de la conducta punible no ha actuado de la misma manera que un hombre en situaciones anímicas y psicológicas normales. Ahora bien, debe indicarse que el fenómeno del miedo y sus efectos jurídico-penales en Colombia es bastante complejo; sin embargo, se pueden diferenciar claramente varias hipótesis y estructurar en el género del miedo varias especies o niveles que cobran validez para el universo jurídico, de este modo tenemos en primer lugar, el denominado miedo insuperable propiamente dicho; por otro lado estaría el miedo intenso y por último pero no descabellado el miedo como estado de inimputabilidad.

1.1. Miedo insuperable, miedo intenso y miedo como inimputabilidad transitoria

Una vez hecho el planteamiento de las categorías jurídicas del miedo en el Derecho Penal haremos las siguientes precisiones frente al fenómeno; observemos, pues, que la primera de estas figuras, la cual es desarrollada en el actual Código Penal, Ley 522 de 2000, en su artículo 32 numeral 9, y en el nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 del 2010, en su artículo 33 numeral 9 cuando rezan "*se obre impulsado por miedo insuperable*"¹. De modo un tanto diverso, la Ley 522 de 1999 Código Penal Militar anterior no incluía esta circunstancia dentro de las causales de justificación, pero reconocía otra figura denominada Miedo intenso la cual también está relacionada en los dos códigos penales actuales tanto en la Ley 522 del 2000 como en la Ley 1407 del 2010; contrariamente al miedo insuperable, el miedo intenso solo será determinante para atenuar la pena. A diferencia del Código Penal, el Código Penal Militar anterior reunía las causales de justificación haciendo la distinción de objetivas y subjetivas en el caso de las causales de inculpabilidad, tratamiento que cambia con el actual Código Penal Militar, que en

¹ Proyecto de ley número 111 de 2006, Senado, por medio de la cual se expide el Código Penal Militar. Ministerio de Defensa Nacional.

últimas reúne todas las causales de ausencia de responsabilidad y afilia en un solo cuerpo la culpabilidad y antijuridicidad; ahora bien, tendremos que referir que, de manera no taxativa, aparece un grado distinto del miedo en el ordenamiento jurídico vigente cuya existencia obedece principalmente a diversas tesis doctrinarias e incluso jurisprudenciales que han planteado la posibilidad de que el miedo en casos extremos puede alterar la conciencia de tal modo que se esté frente a un estado de inimputabilidad.

Para profundizar el tema entramos a establecer lo siguiente; el miedo como estado psicológico debe cumplir con ciertos requisitos jurídicamente desarrollados para poder tener los efectos de eximente de responsabilidad; al respecto como ya lo hemos dicho, tenemos el miedo insuperable que exime de responsabilidad; observamos el miedo intenso, reconocido como otro nivel del miedo que tiene efectos jurídicos direccionados exclusivamente como atenuación de la punibilidad, reconocida en el actual Código Penal Militar, así como en el anterior catálogo castrense y en el Código Penal; y por último, como ya lo referimos, cuando el fenómeno del miedo puede generar un estado de inimputabilidad transitorio, categoría desarrollada principalmente por la doctrina.

En este sentido, tenemos lo dicho por el profesor Fernando Velásquez Velásquez, en su *Manual de Derecho Penal General* quien, respecto al miedo, expresa:

“El miedo insuperable es un caso de no exigibilidad de otra conducta.... El miedo emoción derivada de la creencia puede influir nuestro comportamiento al modo de las unas o las otras (emociones esténicas o asténicas) cuando su intensidad, lo hace incontrolable. Puede paralizarnos cuando era el caso actuar (Delito omisivo) o impulsarnos a una acción desbordada cuando era el caso de evitar la actuación imprudente”.

Por su parte, la jurisprudencia colombiana al referirse a estos dos fenómenos psicológicos y jurídicos ha dicho:

“En cambio, en el temor intenso, aunque el sujeto padece cierta perturbación debido a una impresión real o imaginaria, todavía es capaz de enfrentar con algún grado de ecuanimidad la amenaza de daño. Por ello, algunos autores lo ubican dentro de las denominadas fases de prudencia o cautela, arriba especificadas, que no excluyen la responsabilidad sino que disminuyen la punibilidad, porque de todas maneras la situación emocional atenúa en cierto grado la culpabilidad²”.

Tenemos, entonces, que de manera expresa el Derecho Penal y Penal Militar en la actualidad contemplan las figuras del miedo insuperable y el miedo intenso con diversos efectos jurídicos, pero doctrinariamente existen tesis que elaboran una mayor disgregación del fenómeno humano del miedo en el ordenamiento penal latinoamericano, y nos hablan de una tercera categoría del miedo que también tiene incidencia jurídica, y bajo ciertas características específicas puede constituirse en una situación de inimputabilidad abandonando la tradicional ubicación que lo sitúa en las circunstancias de inculpabilidad; al respecto recordamos lo mencionado por Luis Jiménez de Asúa³:

“El profesor Echeverry hablaba del miedo, que ordinariamente puede ser y debe ser causa de inculpabilidad, y yo creo que puede ser causa de inimputabilidad. Creí que tanto el Código chileno y el español se refieren igualmente al ‘miedo insuperable de un mal igual o mayor’. El que puede calcular si el mal es igual o mayor no se halla en estado de inimputabilidad y por eso se trata de un estado de inculpabilidad. Pero pensamos en esa conferencia de Mira López sobre el miedo. El que está pasando desde la situación de alarma o tensión, a la que él llama de terror cuando queda como la terra, por eso dice ‘aterrorizado’, ese sujeto es absolutamente inimputable⁴”.

² Proceso n.º 18983, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Aprobado Acta n.º 158.

³ Agudelo N. *Emoción violenta e inimputabilidad penal*. Medellín: Manuel Arroyave, 1990, p. 27.

⁴ Ídem.



Es, pues, una realidad los diversos matices que se asumen al abordar el complejo tema del miedo y la tentativa de la tradición jurídica por equiparar este concepto en sus diversas categorías psicológicas y jurídicas, pero como la misma Corte Suprema de Justicia lo refiere hasta la fecha no se ha definido la zona adjudicada a esta figura de manera cabal:

“En este punto, la doctrina no ha sido uniforme, pues mientras unos se inclinan por considerar que el miedo insuperable excluye la antijuridicidad, otros opinan que es una causa de inimputabilidad análoga al trastorno mental transitorio, y los demás, que se inscriben en la posición dominante, propugnan por una causa de inculpabilidad por constituir un supuesto de inexigibilidad de otra conducta a un

sujeto concreto en una situación concreta al ser legítima la resolución parcial del conflicto conforme a sus propios intereses bajo ciertos y determinados respectos⁵”.

Ahora bien, dejando al menos por el momento las tres categorías del miedo a un lado, vamos a enfocarnos en el estado de miedo como fenómeno emocional, estableciendo primero que en él confluyen varias etapas, y dependiendo del nivel en que se encuentre, también, supondrá el efecto jurídico que se genere en la esfera de la responsabilidad penal; así las cosas, las etapas determinables del miedo son, como primera me-

⁵ Proceso n.º 18983, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Aprobado Acta n.º 158.

La inclusión del miedo insuperable como causal de ausencia de responsabilidad en el nuevo Código Penal Militar no solo es un acierto sino una necesidad sentida y que ha sido satisfecha representando un notorio avance del nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 del 2010

dida, la *prudencia*, en la que el sujeto todavía es previsor, reflexivo; una segunda, llamada *cautela*, en la que el sujeto está atemorizado pero domina sus respuestas; la tercera fase, denominada *alarma* en la cual el sujeto ya es consciente de la situación intimidante, hay alarma y gran desconfianza; la cuarta corresponde a la *angustia* donde definitivamente el individuo pierde el control, está ansioso y angustiado; la quinta, llamada la fase del *pánico*, en la que la dirección de la conducta es automática, es decir que el sujeto no obra con conciencia y dominio; y la sexta, grado máximo de intensidad del miedo desencadena en *terror*, estado en el que hay una anulación del individuo, quien apenas conserva las actividades neurovegetativas mínimas para subsistir, pero no hay vida psíquica y puede llegar hasta la muerte. De esta manera, y de acuerdo a estas etapas conocidas ampliamente, se logra establecer que dependiendo de la fase emocional que alcance el sujeto, la conducta se verá afectada en distintos grados y, por consiguiente, son diversas las consecuencias jurídicas, según si se encuentra en una situación en la que no puede exigírsele un comportamiento distinto al desplegado, caso en el cual el estado emocional podrá incidir en el ámbito de la *culpabilidad*, o si definitivamente se altera la capacidad mental, caso en el cual se afectará el ámbito de la imputabilidad⁶.

2. El miedo en la jurisprudencia Penal Militar, Sentencia n.º C-563/95

Es augusta la forma como la Corte Constitucional aborda la temática planteada estableciendo

como arquetipos de conducta las figuras del mártir, el héroe y el santo, personajes que representan una ideología y una ética de aspiración, pues desde ningún punto de vista un ordenamiento jurídico serio podría exigir de los coasociados un comportamiento de estas características, sin el riesgo inevitable de arraigar una responsabilidad penal objetiva. Sin embargo, y de manera precisa dijo la Corte Constitucional que ligado al bien jurídico tutelado en la jurisdicción penal militar, relacionado en este caso con el honor militar o policial, algunas conductas que podrían parecer heroicas para el común de las personas, resultan normales y exigibles para los miembros de la Fuerza Pública en razón a su formación; es así, como un deber de valentía que ordinariamente es imperativo para un uniformado, materializado en una omisión seria, para un ciudadano común un mero deber moral, en el peor de los casos, y desde el reproche penal estaría absolutamente excusado, mientras que en el miembro de la Fuerza Pública se configuraría cabalmente ese mismo deber cuya omisión sería reprochable, sin que este juicio representara, en modo alguno, un tipo de arbitrariedad o contrariedad con la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Según esta jurisprudencia, la omisión que no sería reprochable en los miembros de la Fuerza Pública, sería aquella referida a actos heroicos, pero para todos los casos la abstención de ejecutar actos valientes configura una descripción típica y penalmente reprochable. Así mismo, hace la Corte Constitucional una importantísima diferenciación entre los conceptos de cobardía y el temor; y aquí es donde encontramos la relevancia para nuestra disertación, pues desde la óptica jurisprudencial se ubica la cobardía en los linderos de

⁶ Ídem.

un desvalor moral y jurídicamente reprochable, mientras que el miedo fenómeno eminentemente psicológico y fisiológico, hominalmente inevitable, y frente a la sede de la culpabilidad fenómeno neutral y por lo mismo irreprochable; refiere la Corte Constitucional que el miedo que eventualmente pueda sentir un miembro de la Fuerza Pública en el ejercicio de sus funciones, por demás riesgosas, no es incompatible con la exigencia de actuar valientemente; por otro lado, y fortaleciendo esta postura, se hace referencia a hipótesis psicológicas en donde se describe el fenómeno de la adhesión a un grupo y la vinculación a un líder que por la comunidad atemperan el miedo haciéndolo controlable.

3. Breve crítica al cuarto requisito que la jurisprudencia colombiana ha establecido para la configuración del miedo insuperable como causal de ausencia de responsabilidad

De la observación de los requisitos que tradicionalmente se han establecido para la configuración del miedo insuperable, como causal excluyente de responsabilidad por parte de la jurisprudencia colombiana, nos permitimos hacer una pequeña y respetuosa observación frente al cuarto de estos requisitos; sin embargo, para enmarcar la presente observación recordaremos los elementos estructurales del miedo insuperable así: a) La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal; b) El miedo ha de ser insuperable, es decir, sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres; c) El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado, una situación emocional de tal intensidad que aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción; d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados^{7, 8} la Corte Su-

prema de Justicia ha dicho que el estímulo ha de ser cierto, esto es que debe tener una existencia material real en el mundo físico y no meramente en la subjetividad de quien lo alega.

Así las cosas, y partiendo de este último requisito, es donde decidimos apartarnos un poco para realizar las siguientes precisiones; siendo pues el miedo un fenómeno subjetivo en el entendido que la respuesta que se genera en cada persona ya sea de huida o agresión, pero que en todos los casos es diferente a las demás personas, resulta un tanto desproporcional la objetivación que la Corte o jurisprudencia plantea, pues es claro que las personas que experimentan miedo como consecuencia de un desorden de ansiedad u otra causa pueden sentirlo respecto de causas amenazantes o riesgosas que para el común de las personas no lo son y, sin embargo, no constituir un estado de inimputabilidad en razón a que su conciencia no está totalmente opacada; por ejemplo, podría decirse de un policía que ha experimentado traumas emocionales por encuentros pasados con delincuentes, en donde se ha visto inmerso en el intercambio de disparos, y en un momento posterior, es decir, después de algún tiempo, ante un disparo ocasional, sea el producto de un polígono bajo todas las medidas de seguridad o la imprudencia de un compañero que activó el arma de manera imprudente, da lugar a que de inmediato sus respuestas reflejas inicien el mecanismo de protección de lucha como consecuencia del miedo, y llevar a cabo conductas que podrían estar tipificadas como delito, ya sea unas lesiones personales o un homicidio, situación que además de cuestionar el sistema de objetivación del miedo insuperable, enseñado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, plantearía un trabajo en el Juez correspondiente quien tendría que evaluar, ya sea bajo la teoría de los elementos negativos del tipo, de la tipicidad indicaria o de la tipicidad conglobante⁹, si se tendría que hablar de un error como causal de ausencia de responsabilidad.

^{7, 8} Para mayor profundización véase lo mencionado en. *El miedo insuperable como eximente de responsabilidad penal relacionado con factores neuropsicológicos del desorden de estrés postraumático PTSD*. Jairo Andrés Martínez Castro, María Ángela Ramírez Angarita, Adriana Vergara Arango, Defensoría del Pueblo, Colombia, edición Juan Carlos Arias Duque. Páginas 106-110.

⁹ Fernández Sandoval, Jaime. *Causales de ausencia de responsabilidad penal*. Colección Pensamiento Jurídico, n.º 25, Instituto de Estudios del Ministerio Público.



Conclusiones

- La inclusión del miedo insuperable como causal de ausencia de responsabilidad en el nuevo Código Penal Militar no solo es un acierto sino una necesidad sentida y que ha sido satisfecha representando un notorio avance del nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 del 2010 frente al anterior Código Castrense, Ley 522 de 1999.
- El miedo puede nublar absolutamente la conciencia del uniformado que lo experimenta, cercenando de este modo toda conciencia y aptitud de distinguir entre la licitud e ilicitud de una conducta, constituyendo de este modo un estado de inimputabilidad. Por lo que puede concluirse que, dependiendo del nivel del miedo inspirado por un desorden de ansiedad del sujeto activo, la conducta delictiva cometida será una causal de ausencia de responsabilidad (miedo insuperable); de atenuación punitiva, esto es (el miedo intenso) o un estado de inimputabilidad transitoria (cuando no existe conciencia de la ilicitud de la conducta cometida).
- Disentimos de la objetivación que la Corte plantea como elemento estructural de la figura del miedo insuperable, pues como ha quedado claro, las personas que experimentan miedo como efecto de un desorden de ansiedad u otras causas pueden eventualmente sentir el miedo en la etapa del pánico por causas amenazantes o riesgosas, que para el común de las personas no lo son y, sin embargo, no constituyen un estado de inimputabilidad en razón a que su conciencia no está totalmente opacada.
- Es absolutamente recomendable extender el trabajo de los peritos a otros fenómenos diferentes a los estados de inimputabilidad y, en cambio, vincular evaluaciones por posibles estados de miedo insuperable, estados de necesidad, miedos intensos e incluso sobre posibles errores de tipo o prohibición, según el caso, pues es indudable que dichos dictámenes podrán determinar de una forma más suficiente la verdad real en cada caso subjudice de estos fenómenos que pueden presentarse en las diversas investigaciones penales militares, enriqueciendo el criterio de los jueces y haciendo del Juez Penal Militar el arquetipo del perito de peritos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo, N. *Emoción violenta e inimputabilidad penal*. Medellín: Manuel Arroyave, 1990.
- Corte Constitucional. *Sentencia No. C-563/95*. Magistrado Ponente doctor Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Proceso 18983*. Magistrado Ponente: Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego, Aprobado Acta 158.
- Curso de Derecho Penal Español*. Tomo III. Cerezo Mir.
- Machicado, Jorge. *Imputabilidad y causas de inimputabilidad*. La Paz, Bolivia: CED, 2009.
- Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A., 2002, 408.
- Martínez Castro, Jairo Andrés; Ramírez Angarita, María Ángela; Vergara Arango, Adriana. *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Bogotá, Colombia: Defensoría del Pueblo. Edición Juan Carlos Arias Duque. <http://es.wikipedia.org/wiki/>
- Ministerio de Defensa Nacional. *Proyecto de ley número 111 de 2006*, Senado, por medio de la cual se expide el Código Penal Militar.
- Sandoval Fernández, Jaime. "Causales de ausencia de responsabilidad penal". *Colección Pensamiento Jurídico 25*, Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Wikipedia. La enciclopedia libre. Definición de ansiedad. <http://es.wikipedia.org/wiki/ansiedad>.
- Wikipedia. La enciclopedia libre. *El trastorno por estrés postraumático o TEPT*. <http://es.wikipedia.org/wiki/>



**“En memoria de los
soldados y policías que
ofrendaron su vida, por la
paz de nuestro país”**





www.justiciamilitar.gov.co

Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar

Carrera 10a No. 27 - 61
Edificio Residencias Tequendama Sur Piso 9
Centro Internacional Tequendama
Tel: 3 426510 – 315 01 11 Ext. 4136 - 28565



Prosperidad para todos