

# JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL

COLOMBIA

Publicación anual especializada en Justicia Penal Militar y Policial  
Ministerio de Defensa Nacional



Edición No. 15  
ISSN 1909 - 4906



En este PDF encontrará algunos botones de navegación los cuales explicamos a continuación:

[Tabla de Contenido](#)

[Buscar](#)

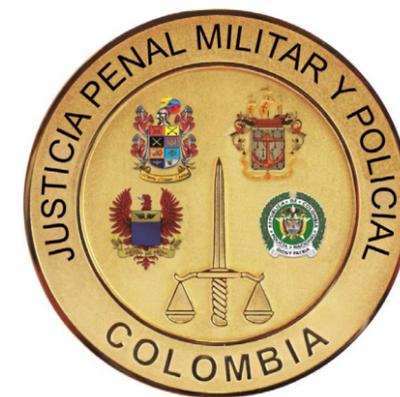
[Vista anterior](#)

[Imprimir](#)

[Página anterior](#)

[Cerrar](#)

[Página siguiente](#)



Dirección General  
**Clara Cecilia Mosquera Paz**  
Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar

Edición y Dirección de Arte  
**Jennyfer Molina Sánchez**  
Comunicaciones Institucionales Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar

Registro Fotográfico:  
Ministerio de Defensa Nacional  
Comando General de las Fuerzas Militares  
Policía Nacional de Colombia  
Centro de Rehabilitación Inclusiva (CRI)

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.

# Índice



## PRÓLOGO

**Dr. Luis Carlos Villegas Echeverri**  
*Ministro de Defensa Nacional. . . . . 2*



## Intervención Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar en el XVI Aniversario

**Dra. Clara Cecilia Mosquera Paz,**  
*Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.. . 4*



**Soldados y policías víctimas de conflicto armado “Historias de un sacrificio olvidado”**  
*Subjefatura de Estado Mayor Conjunto de Fortalecimiento Jurídico Institucional del Comando General de las Fuerzas Militares. . . 8*



**El poder de la fuerza interior**  
*Departamento Jurídico Integral - Dirección de Apoyo a la Transición Sección de Víctimas del Ejército Nacional . . . . 15*



**El Centro de Rehabilitación Inclusiva (CRI), la apuesta del sector seguridad y defensa por la inclusión**  
**Diana Gutiérrez de Piñeres Botero,**  
*Directora CRI. . . . . 21*



**El Sistema de Defensa Técnica y Especializada para los miembros de la Fuerza Pública “Fondetec” Lo materializa el derecho fundamental a la defensa permanente y gratuita**  
**Coronel Camilo Andrés Suárez Aldana**  
*Líder Grupo de estudio y decisión en materia penal y disciplinaria Fondetec . . . . . 27*



**El nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia**  
**Capitán Dayana Marcela Torres Mosquera,**  
*Oficial enlace ante la Justicia Penal Militar y Policial Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL 35*



**La ponderación en la medida de aseguramiento de detención preventiva en el procedimiento penal militar**  
**Mayor Javier Orlando Laverde Banoy,**  
*Juez 71 de Institución Penal Militar . . . . . 39*



**Influencia del funcionalismo en el derecho penal militar y policial**  
“Reflexión sobre los Fines de la Pena consagrados en el Código Penal Militar Ley 1407 del 2010”.  
**Capitán Rodrigo Andrés Méndez Campos,**  
*Juez 175 de Instrucción Penal Militar . . . . . 45*



**Preservar el fuero militar, un compromiso del operador judicial**  
**Capitán Cesar Augusto Sarache,**  
*Juez 32 de Instrucción Penal Militar . . . . . 50*



**El Derecho a recurrir los fallos condenatorios establecido en la convención americana sobre Derechos Humanos: imperativo de incompleta aplicación en los procesos penales adelantados en Colombia**  
**Teniente Luis Alberto Correa,**  
*Juez 166 de Institución Penal Militar. . . . . 56*

# PRÓLOGO

Dr. Luis Carlos Villegas Echeverri, Ministro de Defensa Nacional

El Estado colombiano enfrenta hoy uno de sus más grandes desafíos: ponerle fin a un conflicto armado de más de medio siglo de duración y consolidar una paz estable y duradera, todo ello con un fortalecimiento paralelo de las instituciones, de los procesos democráticos y, ante todo, reivindicando los derechos de todos los habitantes del territorio, especialmente de las víctimas.

La fuerza pública ha sido fundamental en la consolidación del Estado de derecho y en la protección de la población civil a lo largo de estos cincuenta años de conflicto armado. Su enorme contribución con la seguridad nacional, el desarrollo económico y social de las regiones del país se refleja en el sacrificio al que se han expuesto sus hombres en cumplimiento de las funciones constitucionales asignadas. El costo humano que se ha asumido para enfrentar el conflicto es incuantificable e irreparable: millares de víctimas, padres, hijos, esposos, hermanos, amigos.

Ahora bien, la paz estable y duradera tendrá más solidez si dentro del imaginario colectivo de las generaciones futuras –aquellas que no van a vivir directamente el conflicto– se difunden y se plasman la historia y las narrativas de nuestros hombres y nuestras instituciones. Es así como, hoy más que nunca, debemos velar por documentar y hacer visible el esfuerzo de nuestros

miembros de la fuerza pública, sus historias, su valentía, su rol en la búsqueda de la paz, buscando con ello su reconocimiento.

Se hace necesario, entonces, dedicarles tiempo, espacio y recursos a la construcción de la memoria histórica militar; a la creación, conservación y preservación del patrimonio documental, bibliográfico y museológico de las Fuerzas; a la identificación de los diferentes contextos bajo los cuales se desarrolló el conflicto; a la caracterización de las operaciones militares que impidieron que los grupos armados organizados causaran mayores afectaciones a la población colombiana; y a la visibilización y honra de nuestras víctimas de las fuerzas militares y de policía y de sus familias.

Desde el primer momento que asumí la cartera de Defensa, he aunado todos los esfuerzos para enaltecer y visibilizar al soldado y a nuestras víctimas militares, hombres y mujeres que han sobrepuesto sus valores cívicos y patrióticos aun por encima de sus intereses personales y familiares. A todos ellos, a sus familiares y a todos aquellos quienes con honor, valor y sacrificio han entregado todo su tiempo y sus vidas por este país, mi más sentido agradecimiento y admiración. Su esfuerzo no fue en vano, hemos alcanzando la victoria con honor. La paz aún no ha llegado, pero gracias a su entrega y sacrificio, hoy la tenemos mucho más cerca.

CORPORACIÓN  
MATAMOROS  
POR LOS HÉROES

## Intervención Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar en el XVI Aniversario

Dra. Clara Cecilia Mosquera Paz, Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar

Por casi 6 años consecutivos me ha correspondido como Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, saludarlos en nombre de la Jurisdicción Especializada y agradecerles su compañía en la celebración de su día y del aniversario de la Dirección Ejecutiva que hoy llega a su cumpleaños XVI, en ceremonia sencilla pero de especial significado, que aprovechamos para imponer el distintivo de la Justicia Penal Militar a militares, policías y civiles, que se han destacado por su consagración, esfuerzo en el cumplimiento de sus funciones o servicios meritorios a la Institución.

Mi permanencia inusualmente prolongada frente a la Dirección de acuerdo con las estadísticas históricas del cargo, contrario sensu a la gran estabilidad en el resto del Ministerio, se debe a la confianza de tres Ministros de Defensa Nacional y de la Alta Cúpula Militar y Policial que generosamente me han brindado su apoyo, pues no son pocas las dificultades internas y externas que día a día la Jurisdicción Especializada debe superar para sobrevivir los embates de quienes buscan acabar con el fuero de la Fuerza Pública. Por ello, se despliegan acciones para que se reconozca a sus funcionarios judiciales como operadores de justicia, que se logrará plenamente cuando la gestión judicial se refleje en decisiones serias, equilibradas y fundamentadas en argumentación jurídica difícil de rebatir, ganándose el respeto de sus pares en la Rama Judicial y obteniendo un espacio sostenible en la administración pública, en la sociedad y en el mundo jurídico académico. Por el logro de esos objetivos los invito a trabajar con ahínco y sin descanso.

Ahora bien, la Jurisdicción avanza hacia el logro de esos objetivos y la mayoría de sus funcionarios se prepara con visión de futuro. En esto la Escuela de Justicia Penal Militar de la Dirección Ejecutiva ha sido de gran ayuda, pues desde el 2009 adelanta programas académicos orientados a la actualización y el fortalecimiento de sus competencias, útiles tanto en el sistema inquisitivo mixto como en el procedimiento penal acusatorio en vías de implementación; participando en programas interinstitucionales de estudio de la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional en derecho penal militar, derechos humanos y derecho internacional humanitario, que ha sido complementado con el apoyo del Grupo Militar de los Estados Unidos de Norte América - Comando Sur, por intermedio de su Departamento de Justicia capacitando funcionarios e investigadores judiciales con la metodología del Programa Internacional de Investigación Criminal ICITAP.

En este trasegar la cooperación interinstitucional también es de gran importancia, resaltando la de la Policía Nacional y su Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL, con lo cual logramos la asignación de policías judiciales en los despachos de Instrucción Penal Militar a nivel nacional, para apoyarlos en la investigación y fortalecer su operatividad y capacidad de respuesta, en beneficio de la gestión judicial y de una administración de justicia sustentada en prueba técnica, que junto con la testimonial y documental que se recaude, sirva de fundamento a decisiones justas y sólidas. Actualmente la Justicia Especializada cuenta con



el apoyo 162 investigadores de policía judicial en los despachos de Instrucción Penal Militar y la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL ha puesto a disposición de jueces y fiscales el servicio de investigación criminal por medio de sus unidades desconcentradas en las Seccionales y Laboratorios Regionales de Policía Científica y Criminalística.

Por otra parte, conscientes del poco interés que despertada en los profesionales del derecho el conocimiento de la Justicia Penal Militar y Policial, se ha buscado penetrar los centros académicos, la inter-relación con otras ramas del poder público, el Ministerio Público como representante de los intereses de la sociedad y ente disciplinario, la Defensoría del Pueblo de interés para miembros de la Fuerza Pública que en ocasiones solo cuentan con esa opción de defensa, la interlocución con la Fiscalía General de la Nación, que ha pasado por etapas del mejor al más nulo entendimiento, pero confiamos que con la nueva administración vuelva al cauce normal de mutua cooperación e intercambio de información. A esto se agregan los esfuerzos que se

vienen desarrollando en unión del Viceministro de las Políticas y Relaciones Internacionales Dr. Aníbal Fernández de Soto, para lograr que el Inpec-Uspec acepte que donde la ley no hace distinciones no debe hacerlo quien la interpreta o aplica, al establecer condiciones diferentes de manutención, salud y rehabilitación de los presos detenidos por cuenta de nuestra jurisdicción. Aquí, sea la oportunidad para solicitar al Alto Mando Militar, que instruyan a las unidades y comandos para que no continúen rechazando nuestros detenidos por falta de cupo, no ser avalados, no pertenecer a la misma fuerza y otros argumentos, poniendo en un predicamento interminable al funcionario judicial hasta ver quien se lo recibe.

Consecuente con el apoyo de estos objetivos el equipo de trabajo de la Dirección ha ido mejorando su engranaje administrativo y se multiplica para responder a las necesidades logísticas de la Jurisdicción Especializada dentro de las limitaciones presupuestales y normales demoras en la ejecución del gasto por los procedimientos y la normatividad contractual a la

que debe ceñirse la administración pública, buscando dotar a los despachos judiciales de los elementos y enseres requeridos; mejorar el ambiente laboral; apoyar la formación académica de sus servidores e hijos menores; brindarles bienestar social con actividades deportivas, lúdicas y de esparcimiento del grupo familiar; resolución pronta de las situaciones administrativas laborales privilegiando eso sí las necesidades de servicio sobre el deseo del funcionario, lo cual en ocasiones ha generado acciones judiciales en su contra, casi siempre atendidas con éxito por la transparencia y claridad argumentativa de la respuesta. Sin embargo a veces, el funcionario inconforme pasa del plano jurídico al imaginario y con falacias sin medir las consecuencias de ello, busca la modificación de la decisión judicial.

Concluyendo esta parte de la intervención, no sería justo omitir el trabajo del área misional de la Dirección, congestionada de requerimientos de información con términos perentorios tanto de usuarios internos y externos, sumado a la atención permanente de reuniones que requieren desplazamientos fuera del sitio de trabajo.

Cuando ingresé al Ministerio de Defensa en marzo de 2011, no tenía mayor conocimiento de la Justicia Penal Militar y Policial, salvo por las nociones rápidas aprendidas en las cátedras de derecho constitucional y penal general, referidas más al fuero especial de la Fuerza Pública para ser investigada y juzgada, que a la Jurisdicción Especializada. También debo reconocer que estudié penal general, especial y procedimiento penal en vigencia del sistema penal inquisitivo y no del penal acusatorio. Así, el ejercicio del cargo ha enriquecido mis conocimientos jurídicos, aumentado mi respeto y agradecimiento por la Fuerza Pública y permitido continuar mi escuela sobre la función pública y quienes la ejercen, apreciando en sus extremos al buen servidor frente al ineficiente, lamentablemente arrojado no pocas veces en la propia normatividad administrativa y en las vías judiciales. También mi tránsito por este cargo, ha sido acompañado por un largo período legislativo de reformas encaminadas a brindar seguridad jurídica a

los miembros de la Fuerza Pública, explicando los alcances del fuero, la competencia de la Jurisdicción Especializada, la autonomía e independencia de ella frente a la cúpula militar y policial, la cual se pone en constante duda a pesar de ser una realidad, por tratarse de una dependencia del Despacho del Ministro quien por delegación le ha dado autonomía administrativa y financiera, tomando el carácter de “J”, llamada así en virtud de ese literal del artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

El proceso legislativo referido inició con la presentación de proyecto de ley 093 de 2011 en desarrollo de los artículos 274 y 363 de la Ley 1407 de 2010, fenecido al no dársele primer debate; seguido por el trámite del Acto Legislativo 2 de 2012, declarado inexecutable en sentencia de la Corte Constitucional C-740 de 23 de octubre de 2013 y consecuentemente la ley estatutaria que lo desarrollaba, aprobada y en estudio de esa corporación; vino después el Acto Legislativo 1 de 2015 y concluido su trámite se dio vía al proyecto de ley de reestructuración de la Dirección Ejecutiva e implementación de la Fiscalía y el Cuerpo Técnico de la Justicia Penal Militar y Policial, que concluyó con la expedición el 17 de agosto del año pasado de la Ley 1765 de 2015, escudriñada de principio a fin por sectores del Congreso y quienes se oponían a ella. Así, el tiempo esperado nos fue adverso, coincidiendo la promulgación de la ley con una época de dificultades presupuestales y austeridad en el gasto.

Por lo expuesto, el trabajo de un año largo con el acompañamiento del Departamento Administrativo de la Función Pública para cumplir los requerimientos de su manual de reestructuraciones, presentado a consideración de la Viceministra de la Estrategia y la Planeación, está siendo revisado y ajustado, buscando el máximo ahorro posible, lo cual implica que todos en la Jurisdicción debemos poner una cuota de sacrificio y apretarnos el cinturón para lograr la meta de ingresar a un sistema de investigación y juzgamiento basado en la oralidad, conveniente al unificar el procedimiento en las dos jurisdicciones para evitar que se repitan trámites procesales cuando un caso pasa a la ordinaria o viceversa y que además,

bien aplicado aumenta la agilidad y transparencia del proceso penal, por sus desarrollos públicos a través de audiencias.

Pero a esto no podemos llegar sin el apoyo del Señor Ministro y del Alto Mando pues las reestructuraciones a “costo cero” o economizando recursos se dan en la liquidación de entidades o en la simple transformación de ellas, sin asignación de nuevas funciones en la parte administrativa y la creación de dos nuevas estructuras en la parte judicial. La Dirección Ejecutiva trabaja en la presentación de una implementación de la ley al menor costo presupuestal posible, pero necesitamos de su ayuda y comprensión para lograr tener las herramientas jurídicas que garanticen una justicia autónoma e independiente, que sea oportuna, eficiente y eficaz.

A esta necesidad sumamos otra, para la cual no contamos con recursos de inversión, los cuales en principio deben ser adicionados a Ejército - Comando de Ingenieros Militares, la terminación del edificio de la Justicia Penal Militar y Policial, obra iniciada en enero

de 2014 en el Cantón Occidental Caldas, en el cual a la fecha se han invertido veinticinco mil novecientos cinco millones de pesos (\$ 25.905.000.000,00).

Que las dificultades señaladas, unas de ellas comunes a la administración pública y otras propias de la Jurisdicción Especializada, como los permanentes cuestionamientos en su contra, no siempre consistentes o debidamente fundamentados, que movidos por diversos intereses explotan sus falencias nacional e internacionalmente, buscando desconocer su eficacia y socavar su existencia, sirvan para que se prendan nuestras alarmas y sin tregua, con la dedicación del maestro, la honra y el decoro que debe acompañar al funcionario público y como profesionales del derecho entendiendo el significado que tiene la hermosa dama de los ojos vendados, con la espada de doble filo en una de sus manos y la balanza en la otra, actuemos con objetividad, buscando la verdad y la justicia a través de la razón, con sustento en la firmeza probatoria y argumentativa del caso.

Gracias. 🙏



## Soldados y policías víctimas de conflicto armado “Historias de un sacrificio olvidado”<sup>1</sup>

Subjefatura de Estado Mayor Conjunto de Fortalecimiento Jurídico Institucional del Comando General de las Fuerzas Militares

Nelson Enrique Ramírez Leal es un joven lleno de sueños y esperanzas que desde siempre ha deseado ver a Colombia en paz, su aspiración es la de ser un consagrado ingeniero de sistemas, su compromiso y dedicación seguro lo llevarán a materializarlo; sin embargo, las difíciles condiciones del país, la falta de oportunidades y la exacerbación del conflicto armado que ha azotado al Estado lo llevaron a incorporarse al Ejército Nacional, como su opción y estilo de vida.

Esta decisión fue influenciada por un lamentable y doloroso hecho familiar, ya que el 1° de febrero de 1997 en El Tablón, municipio de San Juanito, departamento del Meta, la Compañía de Contraguerrilla de la Brigada Móvil N° 1 del Ejército Nacional, de la cual era orgánico su tío, el SLV Nader Misael Ramírez Briñez, entró en combate con tres frentes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP).

Nelson relata, con algo de tristeza, pero con voz de orgullo y esperanza, las particularidades de la operación, la cual, dado el impacto nacional, tuvo alto cubrimiento por parte de los medios de aquel momento:

“(…) La operación inició cuando efectivos de la compañía contraguerrilla compuesta por 37 miembros del Ejército Nacional entre oficiales, suboficiales y soldados voluntarios al mando del capitán Barrios, fue transportada hasta el sector de El Tablón, una agreste zona ubicada en los páramos que hay entre los departamentos de Meta y Cundinamarca. Allí desembarcaron sobre las 11:00 a. m. del sábado 1° de febrero, cerca de una casa campesina empotrada en la fría pendiente.

Cuando el último helicóptero alzaba vuelo sin haberse posado en el suelo, los militares que habían desembarcado de él fueron atacados con fuego de fusiles por un nutrido grupo de guerrilleros escondidos en las montañas. Al menos 150 subversivos de los frentes 51, 53 y 54 y de las compañías Joaquín Ballesteros y Che Guevara del Bloque oriental de las FARC-EP. En ese momento murieron los dos primeros soldados. En medio del fuego cruzado y con un impacto en el fuselaje, la aeronave salió de la zona dejando abajo al contingente de 35 hombres de la Brigada Móvil No 1 del Ejército Nacional.

Parte de la compañía se atrincheró entonces dentro de la casa campesina, donde se encontraba una familia de cinco campesinos. Estos debieron refugiarse de las balas en una de las 5 habitaciones del lugar, mientras los soldados tomaban posiciones en los demás piezas y por las ventanas respondían el fuego enemigo. Otros militares se apostaron en las inmediaciones. Desde allí repelieron el ataque por lo

<sup>1</sup> ST. Francisco Alejandro Chiquiza Gómez, Director para la Coordinación de Víctimas Militares CGFM.  
TC Sandra Liliana López Toro, Jefe de la Jefatura de Apoyo a la Justicia Transicional CGFM.  
MG Juan Guillermo García Serna, Subjefe de Estado Mayor Conjunto de Fortalecimiento Jurídico Institucional CGFM.

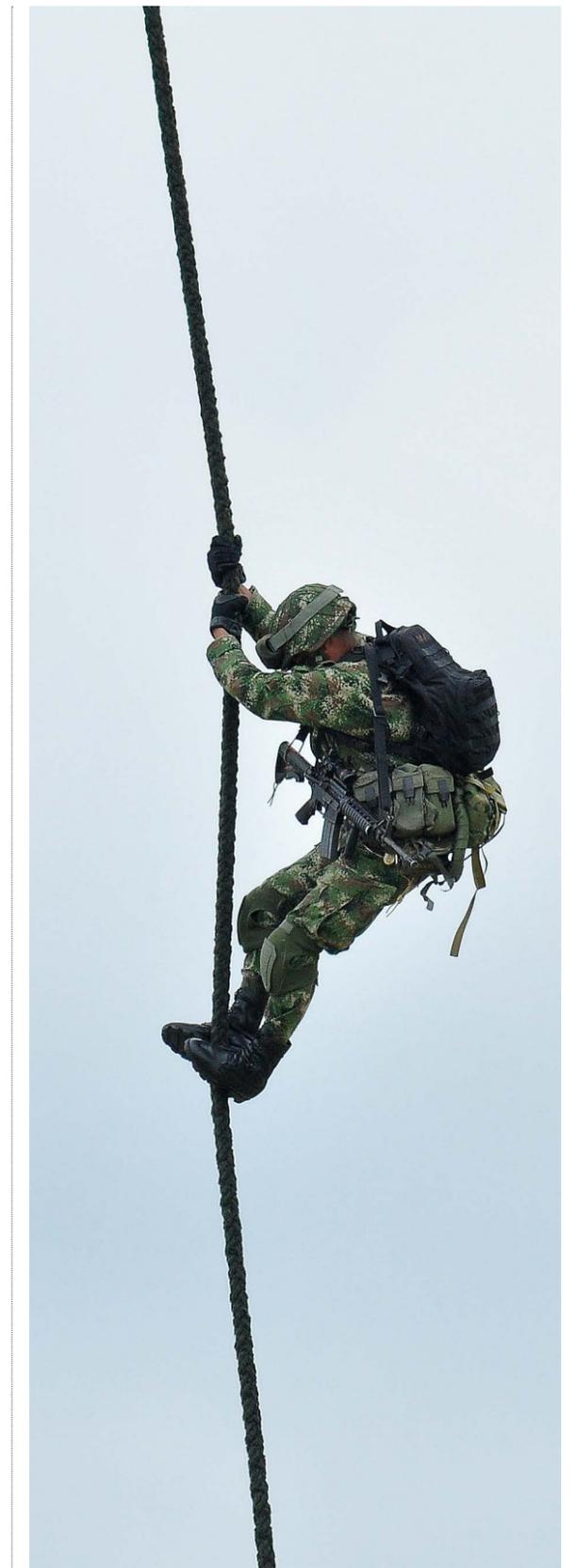
menos durante 7 horas. En ese segundo intercambio de disparos el Capitán Andrés Barrios Herrán, de la compañía de contraguerrilla, fue herido.

Conforme pasaban las horas, el combate creció de intensidad se hizo cada vez más cerrado y casi cuerpo a cuerpo. A las seis y treinta de la tarde murieron otros dos soldados. El grupo ahora de 33 hombres contaba en sus filas con bastantes heridos, mientras que la guerrilla seguía recibiendo relevos y se había dividido en dos frentes de ataque, con 120 a 140 militantes cada uno. Tenían prácticamente copados a los militares. Sobre las 7:00 p. m., algunos soldados, al igual que uno de los campesinos atrapados, lograron romper el cerco arrastrándose en varios grupos fuera de la casa, mientras los otros civiles con las manos en alto pudieron escapar gracias a una breve pausa en los combates. A las 8:30 de la noche, se intensificó nuevamente la arremetida de los guerrilleros.

A las 6:15 a. m. del domingo 2 de febrero, el capitán se comunicó con el comando de la Brigada en Bogotá, para informarle acerca de las bajas y la necesidad de refuerzos urgentes. Pronto volvió a reanudarse el combate. A las 9:00 a. m., después de dos horas y media de enfrentamientos, dos helicópteros rusos sobrevolaron el área. Pero por tratarse de una zona montañosa y nublada el envío de los refuerzos se dificultó, además porque los helicópteros fueron atacados con fuego de ametralladoras desde las empinadas crestas que dominaban el terreno. Por lo tanto, las tropas de apoyo solo pudieron ser transportadas hasta el caso urbano de San Juanito donde debieron estacionarse sin poder asistir a las unidades atacadas. Sobre las horas del mediodía la suerte de las tropas quedó sellada.

Sobre las 2:00 p. m. la compañía fue copada y una decena de uniformados murió en el combate. Los pocos sobrevivientes fueron retenidos por los guerrilleros entre la tarde del domingo y el amanecer del lunes”.

La emboscada organizada por las FARC-EP, en una evidente infracción al Derecho Internacional Humanitario, acabó con la vida del tío de Nelson, el SLV





Náder Misael Ramírez Briñez. Este hecho, indudablemente dejó una huella indeleble en la vida de Nelson y su familia, la cual lo inspiró a dirigir sus esfuerzos por una Colombia en paz, sin más familias llorando la pérdida y muerte de sus hijos, hermanos, tíos, etc., que por motivos del conflicto han tenido que empuñar las armas ya sea con las botas de la Fuerza Pública o con las botas de la insurgencia.

Es así como, el 1° de enero de 2008, Nelson se convierte en un Soldado Profesional de la Fuerza incorporándose al Ejército Nacional, con la convicción de que, desde esta institución, portando el digno y noble camuflado lograría aportar para la superación del conflicto, la terminación de la guerra entre hermanos, la consolidación del Estado para disminuir los niveles de desigualdad y poder ver a los colombianos en paz.

Sin embargo, el destino y la funesta guerra todavía le tenían preparado un reto más. El 4 de febrero del 2008, 11 años y 3 días después de la muerte de su tío, Nelson, patrullando por la vereda Holanda, en el municipio de la Montañita, Departamento del Caquetá, adscrito a la Brigada N° 6 del Batallón de contraguerrillas N° 55, siendo las 4:00 p. m. y encontrándose en desarrollo de la operación “Fenicio”, realizaba maniobras tácticas de presión y bloqueo, dada la alta presencia de integrantes del Frente N° 15 de las FARC-EP.

La operación se desarrollaba “sin novedad especial”, sin embargo, pese a la advertencia hecha por su Comandante, el terreno patrullado resultaba ser muy agreste y escabroso que dificultaba la identificación de artefactos explosivos improvisados, los cuales eran instalados por miembros del Frente 15 de las FARC. A las 4:30 p. m., aproximadamente, Nelson activaba un AEI que se encontraba en la raíz de un árbol, causándole lesiones a su cuerpo y la amputación de su pie derecho. Nelson contó con la asistencia inmediata del enfermero de combate, a quien agradece los grandes esfuerzos por salvarle su vida y mantener encendida la luz de la esperanza por sobrevivir y seguir luchando por un país mejor.

El noble y valeroso Soldado Nelson, hoy, 8 años después de haber sufrido dicha lesión que por poco aca-

ba con su vida y que le dejó huellas imborrables, recuerda dicho momento con dolor, pero con honor y dignidad, prefiere no evocar aquel lamentable hecho al detalle, pero reconoce que después de aquel día, su vida cambió radicalmente, la forma de abordar y asumir los retos y las dificultades personales, laborales y profesionales. Ha tenido la oportunidad de estudiar y se considera útil para la sociedad, más aún en estas épocas donde el Estado está adelantando todos los esfuerzos para superar el conflicto armado interno, pues en su memoria descansan las peores consecuencias de este, pero en su corazón se encuentran la ilusión de ver a Colombia en paz y la esperanza de que ningún colombiano viva lo que a él le ha tocado vivir por causa del conflicto.

Es por ese sueño que los anhelos y deseos de Nelson están dirigidos a la consolidación de la Paz y a la participación activa y amplia de las víctimas del conflicto armado, puntualmente, la de los miembros de la Fuerza Pública que han resultado afectados por causa de este, ya que su labor, según él, ha sido olvidada y poco valorada. (...) “es necesario visibilizarnos” precisa Nelson, por lo que decidió fundar, junto con otros soldados de la patria, la Organización sin ánimo de lucro “Héroes de Paz”, la cual tiene como misión participar en procesos de diseño y construcción de política pública para la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto, así como participar en medidas de satisfacción que dignifiquen y mantengan la memoria de los hombres y mujeres de tierra, mar y aire que han ofrendado su vida y sus derechos más íntimos por ver a Colombia en paz.

El caso de Nelson invita a reflexionar sobre todas aquellas medidas extrajudiciales de satisfacción de derechos de las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, como instrumentos de Justicia Transicional, que permitan reconocer, enaltecer y visibilizar a los soldados y policías víctimas del conflicto armado.

Es por eso que la negociación entre el Gobierno nacional y las FARC que pone fin a uno de los conflictos más largos que ha azotado a la sociedad colombiana, impone el posible y necesario cambio en el paradigma

político suscrito en 1991; sobre la mesa se plantean ciertos derechos con estructura de principio como valores supremos, tales como la paz, la verdad, la justicia y la reparación, aspiraciones sociales, cuyo proceso de negociación pretende satisfacer en el nivel más alto posible.

Estos derechos son imperantes para que la sociedad colombiana alcance la paz estable y duradera deseada. No obstante existe un grupo poblacional, cuyo nivel de satisfacción de estos derechos es urgente y perentorio, pues es a quienes el conflicto armado ha dejado huellas indelebles que los convierten en sujetos de especial protección; las víctimas, durante el lapso extenso del conflicto han soportado vejámenes y afrentas, perjuicios que es menester reparar o al menos mitigar alcanzando el nivel más alto de satisfacción de los derechos a la verdad, justicia y reparación, lo que en términos del discurso jurídico alexyano, sería procurar la pretensión de corrección más alta, con el fin de garantizar la satisfacción de los valores imperantes de la sociedad, en un contexto preciso, es decir, la transición de un conflicto a la paz.

Las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, que dejan numerosas víctimas, desafían los principios de justicia y la noción de que todo aquel que sufre un perjuicio tiene derecho a ser reparado, (...) ya que estas permanecen abandonadas, sufriendo las consecuencias de las violaciones cometidas, las cuales impactan seriamente en su calidad de vida y en su desarrollo futuro. (Correa, 2014).

Corresponde entonces al Estado asumir dicho desafío, con el fin de satisfacer los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas del conflicto. Precisamente, el alto tribunal de lo constitucional ha destacado la conexión intrínseca existente entre el derecho a la reparación y el derecho a la verdad y a la justicia, señalando en reiteradas oportunidades que el derecho de las víctimas a conocer lo que sucedió, los agentes de los hechos, así como el derecho a la investigación de los respectivos hechos y la sanción de los responsables, hace parte integral de la reparación de las víctimas y constituye un derecho que el Estado debe satisfacer a

las víctimas, a sus familiares y a la sociedad como un todo. (Corte Constitucional, C-715/2012)

El Conflicto Armado colombiano ha generado un daño a la sociedad y a ciertas personas en concreto, desencadenando una vulneración masiva y sistemática de sus derechos fundamentales, dando lugar a una situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta, a unas condiciones de desigualdad y a la ausencia de condiciones mínimas de existencia, de donde se deriva la procedencia de la reparación del daño sufrido.

De esta manera, los parámetros fijados por el derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos señalan que la reparación debe ser justa, suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y a la entidad del daño sufrido.

En consecuencia, de conformidad con lo indicado en los párrafos precedentes, resulta palmaria la deuda de la sociedad colombiana con las víctimas del conflicto armado, pues ellas son las que han soportado las terribles consecuencias que este ha dejado a su paso, dicha deuda se puede sintetizar con la satisfacción de los derechos y valores imperantes, en el contexto transicional, de la justicia, reparación y verdad.

Respecto al valor a la verdad, la CIDH ha afirmado que este implica el derecho de las víctimas y de sus familiares a conocer la verdad real sobre lo sucedido, a saber quiénes fueron los responsables de los atentados y violaciones de los derechos humanos, y a que se investigue y divulgue públicamente la verdad sobre los hechos. De otra parte, el tribunal internacional ha resaltado el doble carácter del derecho a la verdad, que no solo se predica respecto de las víctimas y sus familiares, sino respecto de la sociedad como un todo con el fin de lograr la perpetración de la memoria histórica.

Para el caso de los miembros de la Fuerza Pública, la “ley de víctimas” 1448 de 2011, refiere que la reparación se realizará en los términos que establezca el régimen especial, la cual se ha materializado de manera adecuada y oportuna por parte del sector defensa; no

obstante, la institución procura grandes esfuerzos por reparar y visibilizar a los miembros de la Fuerza Pública y a sus familias, víctimas del conflicto armado, y los cobija con el fin de superar el daño sufrido; la sociedad los ha mantenido en una burbuja, alejando sus historias de vida y experiencias en el conflicto, las cuales podrían contribuir sustancialmente a la construcción de la memoria histórica nacional y a la satisfacción del principio valor a la verdad.

Al respecto de este valor imperante, el profesor Arthur Kaufmann entiende la verdad como la consideración

de que el momento subjetivo en cada conocimiento procede de una fuente distinta, mientras el momento objetivo, por el contrario, procede del mismo ente. Contraponer los momentos subjetivos los debilita mutuamente o los elimina; los momentos objetivos, en cambio, se remiten todos al punto de unidad del ente y se demuestran así como fundados, entonces la teoría convergente de la verdad no es, por tanto, como la simple acumulación de opiniones subjetivas, una especie de opinión dominante, sino la ordenación de diversos conocimientos, procedentes de distintos sujetos e independientes entre sí, del mismo ente. En este



sentido puede decirse, que la convergencia es no solo un medio para conocimiento de lo concreto, sino también criterio de la verdad (Kaufmann, 2014), validándose la necesidad de integrar a la memoria histórica del colectivo colombiano los momentos subjetivos y objetivos de los hombres y mujeres de tierra, mar y aire de la Fuerza Pública.

Es por lo anterior que las víctimas, entre ellas los miembros de la Fuerza Pública que han sufrido un daño con ocasión del conflicto armado, según el profesor Llano Ángel, adquieren hoy, más allá de la verdad de su dolor, un valor ontológico y gnoseológico, pues son parte constitutiva de la realidad. Sus voces, memorias e historias tienen que ser recuperadas e incorporadas al presente, ya que sin ellas la realidad nunca será completa, nunca será verdad, confirmando la teoría de la convergencia de la verdad, propuesta por Kaufmann. De allí que sea imprescindible no solo escuchar a todas las víctimas, sino además contar con ellas. Solo así se podrá algún día compartir una realidad política común donde no existan víctimas ni verdugos, sino ciudadanos responsables que repudian asumir o legitimar cualquiera de los anteriores roles. (Ángel, 2009).

Es preciso, entonces, contar con las voces de los hombres y mujeres de tierra, mar y aire pertenecientes a la Fuerza Pública que han sufrido algún daño a sus derechos más íntimos, con el fin de construir la memoria y la historia político-social de Colombia; ello implica la validación u oposición de narrativas construidas por otros sectores de la sociedad, edificando de manera sólida unas bases de memoria histórica única que permita al colectivo entender las causas, desarrollo y consecuencias de un conflicto armado insensible, indiferente y cruel, el cual se pretende superar, mediante la reconciliación social, es decir, reconocimiento de verdades y de diferencias, ello implica la superación de las violentas divisiones sociales, por lo que se refiere tanto al logro exitoso del imperio de la ley como a la creación o recuperación de un nivel de confianza social, de solidaridad que fomente una cultura política democrática que le permita a las personas superar esas horribles experiencias de pérdida, violencia, injusti-

cia, duelo y odio, y que se sientan capaces de convivir nuevamente unos con otros.

Este derecho a saber, es un derecho individual y colectivo de las víctimas de origen histórico que preserva en la memoria lo que sucedió y previene de cometer errores a futuro y evitar que las violaciones se vuelvan a repetir (Ángel, 2009). Se le otorga al Estado la responsabilidad del “deber de memoria” con el fin de prevenir posibles deformaciones de la historia y de promover el derecho a saber.

En consecuencia, y apoyado en las necesarias conclusiones hechas por Jiménez Luque, se desprende que, para las estrategias de visibilización, surge la necesidad de documentar toda esa memoria de manera ordenada y elaborada, con el objetivo de hacer visibles a esas personas, en primer lugar, y con la aspiración final de hacer justicia y de reconciliar las sociedades en posconflicto. (Luque, 2009).

Y si hay un ocultamiento, incluso un simple disimulo; hay probablemente un crimen y por consiguiente una víctima o muchas, cuya ausencia en el pasado, de hacerse imagen en el presente, se vuelve mancha de este último, marca negativa que desvaloriza imaginaria y moralmente, revictimizando a los hombres y mujeres que han ofrendado sus derechos fundamentales más íntimos y hasta sus vidas por construir, edificar y consolidar una paz estable y duradera para Colombia (García Duarte, Jiménez Becerra, & Wilches Tinjacá, 2012).

De tal suerte, se convierte en imperativo categórico el compromiso de la sociedad colombiana de contribuir a la visibilización y el reconocimiento de todas las víctimas del conflicto armado, sin olvidar que los hombres y mujeres de tierra, mar y aire de la Fuerza Pública corresponden a una parte formidable del universo de víctimas. La visibilización, la dignificación a la verdad y la memoria, son requisitos para reconciliar la sociedad y es lo que Nelson ha entendido, por eso su anhelo más grande es contribuir a garantizar la satisfacción de estos derechos de las víctimas del conflicto. 🙄

## El poder de la fuerza interior

Departamento Jurídico Integral - Dirección de Apoyo a la Transición  
Sección de Víctimas del Ejército Nacional

Su infancia transcurrió de manera tranquila y sin mayor novedad entre los municipios de Restrepo, Tuluá y Cali. Es el menor de dos hermanas; el consentido de la casa.

Finalizado el bachillerato Óscar Montes Turpiales decide ingresar al Ejército Nacional como soldado campesino en el año 2010, presta catorce meses de servicio en el Batallón de Ingenieros Agustín Codazzi, ubicado en el municipio de Palmira, Valle. Su primera aproximación con la carrera de las armas fue tan única que lo impulsó a continuar con la vida militar incorporándose como soldado profesional.

A sus 19 años inició el curso de contraguerrillas en la base Militar de Tolemaida por un periodo de seis meses. Su estatura de 1.72 metros lo llevó a ser el líder en pruebas físicas, condición que le permitió desarrollar una figura armoniosa la cual se esforzaba por mantener hasta en sus ratos libres. Finalizada la fase de entrenamiento su experiencia y el talento demostrado lo llevaron a una primera asignación en la Sexta División del Ejército en Florencia (Caquetá).

*“Ahí conocí la realidad de la guerra, la lucha y entrega que tienen los soldados de Colombia”* Cuenta que los primeros meses transcurrieron sin novedad pero con una particularidad *“siempre que mi Compañía llegaba a algún sitio a las pocas horas arribaba la guerrilla a hostigar”*.

Fue así como patrulló en lugares lejanos y catalogados como zonas rojas, en lo que tiene que ver con orden

público, como Montañita, Los Pozos, Unión Peneya y Puerto Amor, en el departamento de Caquetá. Durante este tiempo, el SLP Montes combatió en primera línea, dando resultados relacionados con la incautación de material de guerra y destrucción de laboratorios para el procesamiento de cocaína. Afortunadamente, ninguno de sus compañeros en esta etapa de la vida militar resultó afectado por la explosión de una mina antipersonal.

Sin embargo, según cifras reportadas por la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal durante el año 2013 en el departamento de Caquetá, 202 miembros de la Fuerza Pública resultaron heridos y 20 fallecieron al ser víctimas de estos artefactos explosivos.

Al Batallón Diosa del Chairá, con sede en Larandia (Caquetá) y acreditado como unidad insignia del Ejército por su lucha contra los Grupos Armados Organizados, le fue asignada una tarea muy importante para la Fuerza y para sus integrantes. El soldado Montes y su Compañía, adscrita al Batallón de Combate Terrestre N.º 151 perteneciente a la Brigada Móvil N.º 36, habían sido seleccionados para llevar a cabo una misión táctica contra un objetivo de alto valor estratégico de la Columna Móvil Teófilo Forero.

Siendo el 5 de mayo de 2013 y antes de salir al área de operaciones el soldado se comunicó con su familia. Cuando lo hizo las noticias no fueron alentadoras. Infortunadamente el diagnóstico médico de su madre determinaba cáncer avanzado y en honor a ella deci



dió salir a cumplir su misión con mayor ahínco y profesionalismo.

Los días pasaron y debido a las condiciones del terreno y de seguridad no fue posible establecer nuevo contacto con su familia, hacía aproximadamente dos semanas que no tenía noticia de ellos. Su corazón lo que más deseaba era poder hacer una llamada y escuchar la voz de su mamá aunque solo fuera por un instante.

Una noche, producto de la incertidumbre y la angustia; con lágrimas, de rodillas y con una profunda tristeza pidió a Dios en favor de su madre, quien sería intervenida quirúrgicamente “Señor...estoy dispuesto a dar una parte de mi cuerpo, o si es necesario mi vida misma para que ella se salve, para poderla abrazar de nuevo”.

El dolor profundo lo llevó, entonces, a pensar en accionar su arma contra su humanidad con el propósito de ser evacuado de manera inmediata y así llegar más rápido a casa, pero no fue capaz. Atentar contra sí mismo no era la mejor opción. Siguió orando con el pasar de algunas lunas que le robaban el sueño.

Ya había hablado con su comandante y este le aseguró que una vez finalizada la operación podría salir de permiso para acompañar a sus seres queridos en ese periodo difícil.

### El día en que todo cambió

*Ese día me desperté con un mal presentimiento, tenía una sensación extraña que aún hoy día no puedo explicar.*

*Mi accidente fue en la vereda Guacamayas, municipio de San Vicente del Caguán, departamento de Caquetá. Nos encontrábamos en medio de una operación para capturar a alias La Oruga, tesorera de la Columna Móvil Teófilo Forero. Llevábamos varios días siguiéndole el rastro a esa persona, en un momento determinado cambiaron las coordenadas porque el objetivo se había trasladado.*

*Procedimos a buscar un punto cercano que permitiera la extracción y de esta manera abordar el helicóptero que nos trasladaría a la nueva ubicación que fijaba otro eje de avance.*

La Columna Móvil Teófilo Forero durante décadas se caracterizó por ser un cuerpo élite dentro del Bloque Oriental de las Farc. Fue la responsable de fuertes e indiscriminados ataques contra la población civil, líderes políticos y la Fuerza Pública en diversas regiones, especialmente, en el suroriente del país.

*Estaba cansado y muy afectado emocionalmente por el estado de salud de mi mamá, habían pasado cerca de 15 días y la comida se nos estaba agotando, el helicóptero que había intentado acercarse para abastecernos fue hostigado y tuvo que irse sin soltar las provisiones por lo que nuestra alimentación era muy básica: caldo Maggy y panela, así fue por días. Llegar a estas coordenadas significó caminar cuatro días seguidos con sus respectivas noches.*

*Para acercarnos a la “H” –punto de extracción– teníamos que cruzar un río, los guerrilleros se habían ubicado al otro lado y nos estaban esperando para emboscarnos. La explosión de la mina era la señal que ellos estaban esperando para iniciar el ataque, el enfrentamiento se dio con una clara desventaja táctica.*

*Mi compañía estaba conformada por 17 soldados, yo iba de número 14, de repente sonó una explosión. Mi cuerpo y rostro quedaron cubiertos de sangre y barro. Todo se detuvo por un instante. Hubo confusión, entonces grité: “¿Quién fue el bobo que la pisó? Nadie respondió.*

*Levanté el pie derecho y al dar un paso vi mi bota partida, los dedos del pie izquierdo se cayeron como boronas, otra parte se había desprendido junto con la punta de mi calzado y se encontraba a un lado del camino... Quien pisó la mina fui yo.*

*El compañero que se encontraba en frente abrió sus ojos como si se fueran a salir de las cuencas, no sabía qué decir...Hubo un silencio eterno. Posterior a esto, se escucharon disparos y algunas personas corriendo.*

### El combate había iniciado...

Los compañeros de Óscar le quitaron el equipo de campaña y fusil, lo halaron y acomodaron contra un

palo, el terreno era agreste: una zona caracterizada por ser montañosa y boscosa. El enfermero de combate en medio del tronar de las balas le prestó los primeros auxilios, lo canalizó y dejó que el suero con medicamento que corría por sus venas clamara el intenso dolor que producía haber pisado la mina antipersonal. Luego, limpió su rostro, revisó que no tuviera otra lesión, sus ojos, sus oídos y el resto de su cuerpo no habían sido afectados por la onda explosiva.

De su pie izquierdo fueron retirados varios pedazos de piel que colgaban e impedían realizar un vendaje apropiado. Se había intensificado el combate, su lanza dejó provisiones de suero y se unió al resto de la Compañía para resistir el ataque.

*Estando solo y acomodado contra el palo, realicé un conteo rápido de cuántas personas habían pisado en ese lugar donde el artefacto explosivo se había activado. La respuesta se vino a mi mente de manera inmediata: 13. Y seguía contando. 26 pasos antes pisaron el mismo terreno que yo pisé.*

*Por un momento me culpé y pensé que todo se debía a que la orden fue iniciar la marcha con el pie derecho, yo había perdido el ritmo en algún momento. Era lógico haberlo perdido. ¡soy zurdo!*

El combate aumentó, los guerrilleros los triplicaban en número, se escuchaban disparos de un lado y del otro. El soldado Montes no solo se preocupaba por su estado de salud sino que recordaba a su madre.

Aun en la situación que se encontraba, durante el enfrentamiento, recibió un disparo en su pierna derecha y otro en lo que quedaba del pie izquierdo. Su agonía y dolor iban en aumento. Ya no era una sola herida, ahora eran tres.

El Mayor que comandaba el grupo de soldados había, de manera estratégica, llevado el combate a otro lugar, esperando abrir un espacio que permitiera el aterrizaje del helicóptero sin que este fuera atacado por los guerrilleros.

El tiempo pasaba, los segundos se convirtieron en minutos y estos en horas. El desespero era el rey del mo

mento. La primera decisión fue tirar el reloj para evitar hacer la relación directa del tiempo de espera versus el grado de dolor que aumentaba con cada tic tac.

*Lo que más recuerdo aparte del dolor fue verme solo, sin nadie al lado que me hablara, que me diera moral, que no me dejara desfallecer, que me proporcionara ánimo para no ceder...en algún momento y luego de varias horas de espera pensé que mi final había llegado.*

La emboscada sucedió el martes 28 de mayo de 2013. Tenía para entonces 21 años, era un niño en medio de la guerra. Aún consciente recuerda la sensación de sed y malestar que dominaba el instante.

El efecto del medicamento había cesado. Ya no tenía fuerzas para gritar. Pensó en quitarse los torniquetes para morir desangrado mientras los disparos eran cada vez menos frecuentes y más distantes. Tenía hambre y sed. El desespero aumentó por el silencio abrumador en el terreno. Nadie, aparentemente, lo buscaba, nadie mencionaba su nombre, nadie lo recordaba.

*Solo tuve un pensamiento constante, solo una persona estuvo en mi mente durante esas horas de agonía: mi mamá. Ella era mi luz mientras poco a poco se apagaba mi fuerza interior.*

*Siendo de noche y tendido sobre el suelo con un cuerpo que ya no me pertenecía mis párpados cedieron, la vida pasó por enfrente... mi niñez, mi familia, lo bueno, lo malo, las ilusiones frustradas de un joven con corazón entusiasmado. Entonces... Pedí perdón a Dios por todos los errores cometidos, justo con mi último aliento de vida y rogué al mismo por un milagro.*

En medio de la súplica al Todopoderoso, de repente vio una luz, escuchó el ruido de un helicóptero, dos soldados profesionales y el coronel Cañón, comandante del Batallón al cual pertenecía, habían realizado el descenso por sogas y estaban allí para rescatarlo.

Su mayor temor fue infundado. Sus compañeros no lo habían abandonado, por el contrario, en medio del fragor del combate reportaron las coordenadas exactas para que pudieran evacuarlo. El enfrentamiento continuaba, no se presentaron más heridos ni muertos del Ejército. Su compañía había resistido con coraje la emboscada.

Siendo aproximadamente las nueve de la noche fue trasladado al Hospital del Batallón Cazadores, casi inconsciente firmó la autorización para la cirugía, hizo un mamarracho en medio de la hoja. A los 10 minutos se encontraba en sala de rayos X. Los galenos luego de analizar el estado de sus dos piernas



lo ingresaron de inmediato a cirugía. Al despertar se vio rodeado de varias personas, todos querían saber de su estado de salud y preguntarle cuál era la mejor manera para informar a sus familiares teniendo en cuenta el delicado estado de salud de su madre, Lilitiana Turpiales.

Debido a la gravedad de las heridas la misma noche de los hechos fue trasladado a la ciudad de Bogotá. Menciona que su peor momento fue despertar luego de la segunda cirugía, el dolor era insoportable.

Al enterarse de lo sucedido, su familia viajó desde Cali a Bogotá la misma noche. Su familia lo acompañó cerca de 15 días, no podían permanecer más tiempo, cada uno tenía responsabilidades que cumplir y su madre debía tener un tiempo de reposo luego de la intervención quirúrgica que le habían practicado para evitar que el cáncer se propagara.

Sintió una alegría indescriptible al ver en el pasillo a su mamá, el corazón se le iba a salir del pecho, su ritmo cardíaco se aceleró por cuenta de la emoción. Dios le había cumplido, ella seguía con vida.

Fue una situación muy dura, tenía un nudo en la garganta, quería llorar pero no podía, prefirió guardar silencio y no expresar sus sentimientos. Adoptó esta actitud por meses. Sentía impotencia, se resistía a aceptar que de ahora en adelante tendría que depender de otra persona para realizar sus actividades cotidianas.

De pequeño practicó varios deportes y siempre se caracterizó por ser una persona atlética, activa e independiente, por lo tanto, sabía que permanecer en una cama por mucho tiempo no era una posibilidad. Durante un largo periodo calló y guardó silencio tratando de demostrar fortaleza. Su estadía en el Hospital Militar se prolongó por 22 días.

### Otro cumpleaños

El proceso de recuperación física evolucionó lentamente debido a las consecuencias que tuvo al haber recibido un tiro en su pie derecho, el diagnóstico: lu-

xofractura tibiotalar y fractura del maléolo medial. Los médicos dicen que este tipo de lesión se presenta una en un millón. Nadie se explica la razón por la que aún puede sostenerse con esta parte de su cuerpo.

Él asegura que su pie derecho es de vidrio, cualquier golpe, tropiezo o mal paso sería una tragedia. El año pasado le realizaron un injerto de hueso, pero a medida que pasa el tiempo el soldado siente más los efectos de la lesión que sufrió.

Caminó con la prótesis seis meses después del accidente. Ese primer día fue fenomenal, un renacer, se sintió independiente, libre y útil de nuevo. Para él, ese día fue otro cumpleaños.

A los pocos meses se sumió en una tristeza profunda, se alejó de sus amigos, se volvió agresivo, discutía con frecuencia, tenía por dentro un sinsabor tan grande que él mismo se encargó de aislarse; se encerró en una habitación rodeada por cuatro paredes que se convirtieron en su mundo, no quería enfrentar la nueva realidad.

El nefasto evento afectó su seguridad interior, dialogaba poco, en las noches tenía pesadillas, al principio se sentía mal con la mirada de propios y extraños cuando salía a la calle... Durante varios meses tuvo una actitud de letargo. Su corazón latía y respiraba tan solo por el hecho de estar con vida, pero nada lo incentivaba a ir más allá, a superar los obstáculos y recorrer su propio camino.

Agradece a la Institución el haberle dado la prótesis, es un elemento sin el cual no podría salir a la calle, sin el que no conseguiría moverse libremente. Las terapias físicas realizadas en el Batallón de Sanidad también contribuyeron a que el proceso de rehabilitación se desarrollara de manera exitosa.

En el Batallón de Cali recibió apoyo por parte de un grupo de psicólogos de la Fuerza que contribuyen de manera positiva en su proceso en temas relacionados con el restablecimiento de sus condiciones físicas y psicosociales.

### La vida es un ratico, que con nada se va...

Nunca pensó en dejar la milicia, su amor por el uniforme le permitió sobrellevar situaciones difíciles, siempre firme y con la disposición de darlo todo sin esperar nada a cambio.

El deporte le ha servido como salvavidas, una herramienta para salir a flote y no tocar más fondo. Se había sumergido en lo más profundo de la tristeza y el dolor, había dejado de reír, se había aislado de su entorno familiar y social, era gruñón e irritable; el paso del tiempo y las secuelas emocionales habían cumplido su cometido. Él sabía que no podía superar esto solo, que más bajo no podía caer, solo tenía una alternativa: salir a flote e iniciar una nueva vida con el apoyo de sus seres queridos. Se lo prometió a sí mismo y desde ese día lo ha cumplido.

Un día cualquiera sufre los efectos de un sacudón..., después de pasar un periodo en las tinieblas, y aprovechando que de niño fue fondista decidió volver a sus aficiones de antaño; actualmente entrena con la liga de natación del Valle. Ahora tiene una motivación y una ilusión en su corazón, cada noche alista maleta con toalla, pantaloneta, gafas, gorro y demás elementos para el entrenamiento del día siguiente. Su meta es participar en las olimpiadas paralímpicas nacionales y lograr subir al podio.

El entrenador consciente del potencial que tiene, en menos de dos meses lo ascendió de categoría, lo entrena junto a dos amputados que llevan más de cinco años. Por ser siempre un hombre de retos y competitivo ve en esta una oportunidad para superarse día a día, romper sus propios tiempos y hacer del deporte su nueva opción de vida.

Su familia está muy alegre de ver el cambio que ha tenido, salió de ese hueco negro en el que había decidido meterse, dejó el cigarrillo, ahora ríe, comparte momentos familiares, disfruta los abrazos, habla de sus sueños y futuro. Expresa lo que siente y lo que piensa, argumenta sus ideas, los complejos son cosa del pasado. Volvió a vivir a sus 24 años.

Está a la espera de una nueva prótesis que se adapte a sus necesidades, la actual tiene ya tres años; debido a su lesión del pie derecho no puede apoyar bien la planta y presenta dolor de cadera.

Extraña la milicia, la mística y la magia que rodea el mundo militar, sabe que Dios le permitió tener una segunda oportunidad; ahora vive cada segundo con intensidad, con la pasión de quien desea devorar con un respiro el mundo, aquel mundo del que trató de huir por años cuando deprimido no tenía ilusión alguna. Hoy su corazón está embargado por un sentimiento de victoria, lo más difícil quedó atrás, ahora solo mira hacia adelante, porque ¡lo mejor está por venir! 😊



## El Centro de Rehabilitación Inclusiva (CRI), la apuesta del sector seguridad y defensa por la inclusión

Diana Gutiérrez de Piñeres Botero, Directora CRI.



Transcurría el año 2008 cuando por primera vez tuve conocimiento sobre la intención de fortalecer la infraestructura física de rehabilitación integral de las Fuerzas Militares y de Policía, debido por una parte, al crecimiento del número de personas con discapacidad y por otra, a los modelos contemplados por los sistemas de salud militar y policial, desde donde se abordaba el tema de la rehabilitación más desde lo funcional que desde lo integral.

Las distintas manifestaciones de discriminación, que muchas personas con discapacidad enfrentaron por siglos y que de hecho algunas de ellas persisten, bien podrían catalogarse como violaciones flagrantes a los Derechos Humanos y a las Libertades Fundamentales, o encajar en la tipificación de tortura, trato inhumano o degradante. El amarrarlos a los árboles, esconderlos al interior de las familias, negarles por cuenta de una accesibilidad inexistente el acceso a sitios públicos como un baño, un restaurante, un banco, la posibilidad de conseguir un trabajo competitivo, formar una familia, firmar documentos y tener acceso a la justicia, el uso indebido de la información<sup>1</sup>, son entre muchos,

algunos ejemplos por destacar. Este tipo de conductas, bien por ignorancia o por apatía social, han expuesto a estas poblaciones a sufrir estados de indefensión inaceptables para cualquier sociedad.

La realidad de la época es que a pesar de lo establecido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, se identificó la necesidad de contar con un instrumento acorde con las necesidades de esta población, amplio en su concepto social y de carácter vinculante, que debería realizarse desde la Organización de Naciones Unidas (ONU) para que tuviera el impacto esperado. En este marco de necesidades en la Asamblea General de esta organización en el 2001, se conformó un Comité para la redacción del documento, la cual inició en el 2004 dando vida a la "Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad" y a su Protocolo Facultativo. El instrumento, el primero de su índole en el siglo XXI fue aprobado por los países el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y ambos documentos abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007.

La aprobación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad sentó un precedente internacional de gran impacto para esta población pues como lo dicen los antecedentes "se obtuvieron 82 firmas de la Convención y 44 del Protocolo Facultativo, así como una ratificación de la Convención. Nunca una convención de las Naciones Unidas había

<sup>1</sup> Programa "T4" La guerra, según Adolf Hitler, "era el mejor momento para eliminar a los enfermos incurables". Muchos alemanes no querían recordar que había individuos que no cuadraban con su concepto de una "raza superior". Las personas con discapacidades físicas y mentales eran vistas como "inútiles" para la sociedad, una amenaza para la pureza genética aria y, en última instancia, no merecían la vida. Unas 200.000 personas discapacitadas fueron asesinadas entre 1940 y 1945. Hubo grupos de "asesores" que visitan los hospitales y deciden quién va a morir. Disponible en: <https://www.ushmm.org/outreach/es/article.php?ModuleId=10007683>. Consultado 14 de noviembre de 2016.

reunido un número tan elevado de signatarios en el día de su apertura a la firma”.

Por su parte, en Colombia se aprobó el instrumento internacional mediante la Ley 1346 de 2009, “por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” y posteriormente se adelantaron otras iniciativas nacionales tales como el CONPES 3591 de 2009 que define el “Sistema de Rehabilitación Integral para la Fuerza Pública”, se expidió la Ley 1471 del 30 de junio de 2011, “por medio de la cual se dictan normas relacionadas con la rehabilitación integral de los miembros de la Fuerza Pública, alumnos de las Escuelas de Formación de las Fuerzas Militares y sus equivalentes en la Policía Nacional, Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y Personal No Uniformado de la Policía Nacional, y el 27 de febrero de 2013 se expidió la Ley Estatutaria 1618, “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.

Así las cosas, hoy el país cuenta con las herramientas normativas necesarias para que la inclusión de esta población sea una realidad en nuestro país.

### EL CRI



Una vez realizado el diagnóstico, debo decir de manera acertada, y, como una propuesta de vanguardia, se empezó a trabajar sobre la posibilidad de construir

<sup>2</sup> Disponible en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>. Consultado el 14 de noviembre de 2016.

un Centro de Rehabilitación Integral desde donde se diera un abordaje a la rehabilitación que no solo incorporara lo funcional, sino que se aproximara de manera más eficiente a las necesidades del sector y diera respuesta a las nuevas tendencias internacionales de rehabilitación.

En este empeño, el tema de los recursos no fue un asunto menor, la construcción de este centro requería de una suma muy importante de dinero, para lo cual se iniciaron las gestiones necesarias que permitieran hacer realidad esta infraestructura. De las entidades consultadas, surgió un interés muy importante por parte de la Agencia de Cooperación Internacional de Corea (Koica) (Por sus siglas en inglés), de apoyar la obra, dado el agradecimiento que tiene este país con Colombia, por la participación de nuestros hombres en la guerra de Corea en 1950; Colombia fue el único país de América Latina que respondió al llamado de la ONU de enviar tropas a Corea del Sur, debido a la invasión de Corea del Norte<sup>3</sup>.

El Proyecto se formalizó mediante Convenio de Co-financiación entre el Ministerio de Defensa Nacional y la Agencia de Cooperación Internacional de Corea (Koica) (Por sus siglas en inglés) y la inversión final realizada por las dos partes estuvo cercana a los 34.000 mill. El proyecto fue inaugurado por el Presidente de la República el pasado 29 de agosto y está dedicado a adelantar los procesos de inclusión social, familiar y laboral de los miembros de la fuerza pública con discapacidad, sin importar el origen o su condición de activo, retirado o pensionado.

La DCRI, como fue llamada posteriormente según decreto de creación<sup>4</sup>, es una Dirección que cumple con los criterios establecidos en la Ley 489 de 1998, “por la cual se dictan normas sobre la organización

<sup>3</sup> En total, Colombia –que se sumó a la conflagración en agosto de 1951– aportó tres fragatas y un batallón de infantería, que a lo largo de sus tres años de participación en el conflicto sumó unos 4.750 efectivos

Disponible en: [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/07/130724\\_america\\_latina\\_colombia\\_soldados\\_veteranos\\_guerra\\_coreaw](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/07/130724_america_latina_colombia_soldados_veteranos_guerra_coreaw). Consultado el 14 de noviembre de 2016.

<sup>4</sup> Decreto 1381 de 2015.



y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” en la que en su artículo 54 numeral J, reza que: “Se podrán fusionar, suprimir o crear dependencias internas en cada entidad u organismo administrativo, y podrá otorgárseles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica”. Hace parte del Viceministerio del GSED y Bienestar del Ministerio de Defensa y de ella depende la administración del CRI y la articulación y coordinación del Sistema de Riesgos y Rehabilitación Integral del Sector Defensa.

El CRI según la política de discapacidad tiene 5 programas que hoy se fusionan en tres así:<sup>5</sup>

#### Vida activa productiva y entorno

Desarrolla herramientas que facilitan el empoderamiento y participación autónoma de las personas con discapacidad y sus familias en los diferentes entornos y actividades de la vida diaria para lograr el desarrollo y disfrute de una vida plena.

Este programa está articulado con el área de **Educación** del CRI en la que se busca formar a los usuarios en áreas técnicas, tecnológicas o profesionales que apunten a una vida autónoma, exitosa e independiente.

#### Habilidades sociales, comunicación y cognición

Busca potenciar las conductas necesarias para interactuar y relacionarse con los demás de forma asertiva y mutuamente satisfactoria.

Potenciamos el desarrollo de las habilidades y competencias sociales, comunicativas y cognitivas de las personas con discapacidad respetando sus características individuales, visión integral persona –fami-



<sup>5</sup> CONPES 3591 de 2009.

lia-comunidad, favoreciendo su conocimiento y empoderamiento para lograr la inclusión en diferentes contextos familiares y/o sociales para enfrentar en forma efectiva los retos de la vida diaria.

### Actividad física

Facilitar oportunidades y herramientas para que los usuarios aumenten su conciencia de autocuidado, impulsar el Deporte de Alto Rendimiento como opción de vida, reconocimiento e inclusión social a través de la participación y la práctica regular de actividad física en sus distintas manifestaciones.

La Política de Discapacidad también incorpora tres fases: La Fase de Previsión, Prevención y Protección que busca identificar y gestionar los riesgos del Sector Seguridad y Defensa, una segunda fase que aborda la rehabilitación funcional, la promoción de la salud, la prevención de la discapacidad, la recuperación y el mantenimiento de la funcionalidad y una tercera fase de Rehabilitación Familiar Social y Laboral en la que se desarrollan estrategias facilitadoras de la relación del sujeto con su medio familiar, laboral y social y los programas de desarrollo personal y del entorno.

Todas estas fases son interdependientes y no pueden ser consideradas de manera autónoma o de manera secuencial; es importante, para lograr un proceso de inclusión exitoso, que todas se realicen de manera simultánea y que exista articulación entre ellas. El proceso de inclusión debe ocurrir articulado en el sistema y como parte integral del mismo.



### Los retos de la inclusión en el sector

Todas las leyes creadas incorporan obligaciones sobre el Sector de Seguridad y Defensa, sobre la inclusión de los miembros de la Fuerza Pública con Discapacidad y, por lo tanto, el trabajar en la inclusión de este personal se considera estratégico.

¿Creemos en la inclusión? ¿Podremos como sector romper los paradigmas tradicionales de asociar la falta de capacidad laboral con la discapacidad? ¿Está ligada la competencia profesional a tener un miembro más o un órgano más?

El CRI está comprometido con acompañar los sueños de nuestros soldados y policías con discapacidad, con disciplina, dedicación y fortaleza.

Creemos en sus capacidades, la lástima no existe en el CRI porque esta genera daño a ellos sin piernas, sin brazos, o sin algo, les vemos algo que no tenemos, su destreza en algo en lo que somos más débiles, el respeto y honorabilidad que nos genera alguien con las calidades humanas de quien da un paso adelante por la Patria, la fortaleza de quien logra algo mejor, con algo menos como herramienta.

Los formamos en seguridad, autoestima, asertividad, los enseñamos a comprender que todos somos diferentes y que tendrán nuestro apoyo entre tanto lo logran solos, mientras aprenden que su situación es solo eso: una nueva situación y que una vez completa la curva de aprendizaje, serán uno más, con fortalezas, debilidades, un colombiano más, con una vida, un empleo, un negocio, unos hijos, una familia, será alguien listo para competir, solo que más fuerte. 



## El Sistema de Defensa Técnica y Especializada para los miembros de la Fuerza Pública “Fondetec” Lo materializa el derecho fundamental a la defensa permanente y gratuita

Coronel Camilo Andrés Suárez Aldana<sup>1</sup>,  
 Líder Grupo de estudio y decisión en materia penal y disciplinaria Fondetec



Es innegable que en un Estado social de derecho como marco de legitimidad del poder público, una de las expresiones del respeto y promoción de los derechos humanos, los que consecuentemente al ser normativizados se definen como derechos fundamentales, la constituye el derecho de defensa, postulado que garantiza su vigencia, en un sistema de equilibrio entre pesos y contrapesos, limitar el ejercicio del poder punitivo del estado “IUS PUNIENDI”. Este derecho fundamental se debe entender como aquel que le asiste a toda persona a defenderse ante el sistema judicial, en particular y para los propósitos de nuestro escrito, en materia penal, respecto de los cargos que se imputan, con plenas garantías de igualdad e independencia. El derecho a la defensa es de vital importancia en el desarrollo de toda actuación penal, que ha sido reconocido como fundamental y esencia misma del debi-

do proceso por el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, por la Constitución Política, por el Código de Procedimiento Penal y por la jurisprudencia nacional. Se trata de un derecho que se da en todos los órdenes jurisdiccionales y se aplica en cualquiera de las fases, desde la preliminar<sup>2</sup> como en la investigación, la acusación, el juicio, la segunda instancia y el recurso extraordinario de casación, como en la acción de revisión.

Este postulado conquista de la humanidad se dispone desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, considerada como una norma de Derecho Internacional consuetudinario que propende por las garantías para el derecho de defensa.

Desde esa perspectiva internacional, forma parte de nuestro Bloque de Constitucionalidad la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Determina en el literal d) del artículo 8.º las garantías judiciales, donde el inculpa-do tiene derecho a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección y comunicarse libre y privadamente con su defensor. Este derecho es irrenunciable, y de no contar con un profesional de

<sup>1</sup> Oficial del Ejército en servicio activo de grado Coronel; Ex Magistrado del Tribunal Superior Militar y ex presidente de la Corporación en los lapsos 2012- 2013 y 2014- 2015. Abogado Especializado en Derecho Penal, Procesal Penal, Resolución de Conflictos, Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar de las Universidades Autónoma, Libre, Externado de Colombia y Militar Nueva Granada. Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad Alfonso Décimo el Sabio de Madrid, España. Candidato a Magíster en Derecho, Ciencias Penales y Criminológicas Universidad Externado de Colombia. Profesor Universitario de Derecho Penal: Miembro de la comisión redactora del Código Penal Militar Ley 1407 de 2010, Ley 1058 de 2006, Ley 1765 de 2015 y Actos Legislativos 02 de 2012 y 01 de 2015. Miembro de la mesa técnica por el sector defensa de Justicia Transicional en el proceso de paz. Actualmente, lidera el Grupo de estudio y decisión en materia penal y disciplinaria del Sistema de Defensa Técnica y Especializada para los miembros de la Fuerza Pública “Fondetec”.

<sup>2</sup> Excepción de lo dispuesto en las leyes 904 de 2004 y 1407 de 2010.

derecho, es obligación del Estado proporcionar un defensor gratuito, remunerado o no según la legislación interna, como lo dispone el literal e) del citado artículo, y como se ha señalado, este derecho permite interrogar a los testigos presentes en el tribunal y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que permitan esclarecer los hechos.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup> en su artículo 14-3, literales a) a g), establece una serie de garantías que encierran el derecho de defensa, como **disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección**; hallarse presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistido **por un defensor de su elección**; **ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, que se le nombre defensor de oficio gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo**; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable<sup>4</sup>.

El derecho de defensa se halla garantizado en nuestro modelo constitucional y en particular en la Carta Política de 1991, artículo 29, al disponer: “El debido pro-

*ceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”* (negritas fuera de texto).

Así, el derecho de defensa ha de ser ejercitado como defensa material, y muy especialmente por el profesional del derecho en quien recae la obligación de hacerlo efectivo; es lo que se conoce como defensa técnica, la cual se ejerce no solo por designación en su condición de defensor de confianza, sino también como defensor público, lo cual requiere para materialización los derechos y garantías dispuestos en el artículo 29 y el equilibrio del debate de la sabia, proba y prudente intervención del defensor. La defensa, como garantía procesal, tiene carácter absoluto y como tal su transgresión no depende de la existencia de pruebas suficientes para enjuiciar o condenar, sino de su real ejercicio técnico y material, que bien puede aportar a los órganos administradores de justicia elementos de juicio tendientes, bien a la absolución del acusado, ora hacia la mengua de su pena o a la existencia de circunstancias que, en cualquier forma, le resulten favorables.

Pues bien, bajo este prolegómeno del estado ideal de la defensa, en un Estado Social de Derecho fundado en el principio de la dignidad humana y sobre el cual gravita el proceso penal ordinario, o proceso penal militar, una de las sentidas necesidades, dada la palmaria vulneración al principio de igualdad frente a los derechos de los asociados ante el sistema judicial

<sup>3</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

<sup>4</sup> Adicionalmente, se garantiza: “5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

penal de nuestros miembros, era tener acceso eficaz a la defensa técnica especializada, dado el particular y especial ejercicio de la función, de forma continua y gratuita en procesos penales ordinarios, penales militares o disciplinarios cuando la conducta era cometida en cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Fuerza Pública, pues frente a alguna de estas hipótesis debían acudir a su patrimonio o al familiar para asumir su defensa, lo que de cara a nuestra realidad resulta bastante oneroso y a veces imposible de asumir, por los escasos recursos, y asumir cargas desproporcionadas para financiarla por sus propios medios resulta injusto frente al servicio que prestan a la nación.

A partir del postulado del derecho de defensa, en particular de garantizar de forma efectiva la defensa técnica como derecho fundamental, el atender las relaciones especiales de sujeción del militar o policía, de su particular ejercicio de la función dispuesta en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política. Concordantes con los artículos en cita resultan ser, entre otros, el artículo 2.º en lo atiente a que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”; el artículo 6.º en lo referente al ámbito de responsabilidad del miembro de la fuerza pública como servidor público que es, el cual dispone que “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, y el artículo 91 respecto del alcance de la orden militar y sus efectos, postulado sobre el cual gravita que la obediencia militar no es ciega sino reflexiva, de cara a su legitimidad<sup>5</sup>.

De particular importancia resulta ser el artículo 221 y su modificación mediante el Acto Legislativo 01 de 2015, que fue declarado exequible mediante sentencia C-084 del 24 de febrero de 2016, el cual prevé:

<sup>5</sup> Ver sentencias C-578 de 1995 y SU 1184 de 2001.

“**ARTÍCULO 1o.** El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

*De las conductas punibles cometidas 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.*

*En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.*

*La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública”*<sup>6</sup>.

Bajo este panorama, el Gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional, presentó un proyecto de ley al Congreso de la República para dar solución definitiva a esta sentida necesidad, la cual se materializó mediante la **Ley 1698 del 26 de diciembre de 2013. Esta ley crea el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública**, y se concibe como un conjunto de “políticas, estrategias, programas, medidas preventivas y herramientas jurídicas, técnicas, financieras y administrativas orientadas a garantizar a favor de los miembros de la Fuerza Pública que así lo soliciten, el derecho a la defensa y una adecuada representación en instancia disciplinaria e instancia penal ordinaria y especial en el orden nacional, internacional y de terceros estados por excepción, y con ello el acceso efectivo a la Administración de Justicia”. Esta ley fue **declarada exequible** mediante **sentencia C-044 del 11 de febrero de 2015**,

<sup>6</sup> Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

con ponencia de la H. Magistrada María Victoria Calle Correa así:

*“La Corte concluyó que en el trámite de la Ley 1698 de 2013 no hubo infracción de la reserva de ley estatutaria prevista en el artículo 152 de la Constitución, por cuanto no se verificó ninguno de los criterios que, de acuerdo a lo establecido en la jurisprudencia constitucional, justifican sustraer la competencia de un legislador ordinario para someterlo al trámite especial de las leyes estatutarias. Si bien, la ley acusada contempla un mecanismo dirigido a garantizar el derecho a la defensa técnica y especializada para un particular universo de población, conformado por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro, ninguna de sus disposiciones se ocupa de regular los elementos estructurales ni los principios orientadores del derecho a la defensa técnica definidos en la Constitución. Tampoco hay en la ley, disposiciones que consagren límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial del derecho de defensa técnica. Menos aún, el legislador quiso en esta norma regular de manera integral, estructural y completa el derecho a la defensa técnica, ni siquiera para el caso de los integrantes de la Fuerza Pública, pues la ley en cuestión se concentra en establecer las líneas centrales de funcionamiento del sistema especial de defensoría para los militares y, de manera específica, en definir el mecanismo para su financiación. Por tal razón, declaró exequible la ley acusada en relación con el primero de los cargos examinados. (...) Por último, la Sala declaró exequibles los artículos 2, 4, 5, 10, 11, 12 y 13 de la Ley 1698 de 2013 en relación con el cargo por infracción del artículo 355 de la Constitución. A este respecto se consideró que la prestación establecida en las normas acusadas no encajaba dentro de las hipótesis de auxilio o donación prohibidas en la citada norma constitucional, toda vez que los integrantes de la Fuerza Pública en ejercicio de su misión constitucional desarrollan una actividad peligrosa y, por tanto, el Estado está obligado, por el principio de correspondencia, a garantizar su defensa técnica, teniendo en cuenta que hay en su actividad un ejercicio legítimo de la fuerza. No obstante, precisó que en la reglamentación que expida*





*el Gobierno Nacional con fundamento en los artículos 2° y 6° de esta ley, se deberán precisar los criterios que orientarán la asignación de recursos para servicios de defensa con cargo a dicho fondo, incluyendo criterios de distribución proporcional a fin de asegurar que aquellos cubran la defensa de aquellos integrantes de la fuerza pública que no cuentan con rentas e ingresos suficientes para sufragar su defensa y que la destinación de los recursos se efectúe con arreglo a criterios de eficiencia y equidad” (negrillas fuera de texto).*

Para hacer efectivo el derecho de defensa, la Ley 1698 de 2013 se aplica bajo los **principios** de continuidad, calidad, accesibilidad, gratuidad, oportunidad e idoneidad, imparcialidad y especialidad, los cuales buscan que el servicio que brinda el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública se preste sin interrupción desde el momento mismo en que se autoriza, con calidad, lo que implica eficiencia, para lo cual sus órganos de administración implementan mecanismos de control y vigilancia que así lo garanticen. De igual forma, al sistema tienen acceso los miembros de la Fuerza Pública, activos o retirados; tendrán el derecho de acceder al servicio que brinda el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de forma gratuita, lo que implica que el servicio se presta por el profesional del derecho de forma oportuna y continua sin costo alguno, con total independencia y sin ninguna clase de restricción, influencia o presión. Nuestros defensores tienen estudios de especialización o maestría en Derecho Disciplinario, Penal o Procesal Penal y experiencia mínima en litigio penal o en disciplinario de cinco años, así como conocimientos en Derecho Operacional o Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, para lo cual la ley dispuso la creación de un registro nacional de abogados que litigan en nombre de Fondetec, y que permite realizar la vigilancia adecuada de su gestión.

Sobre el **principio de correspondencia** es importante señalar que ha de entenderse como la respuesta del Estado a los servicios prestados por los integrantes de la Fuerza Pública en ejercicio de su misión constitucional, bajo el entendido que desarrollan una actividad peligrosa, de constante riesgo en beneficio de

la institucionalidad y de su nación; esto es, la protección de cada miembro de nuestra sociedad en su vida, honra, bienes, derechos y libertades, a más de atender los mandatos dispuestos en los artículos 217 y 218 ya citados.

El Sistema Integral de Defensa Técnica Especializada “Fondetec” **está conformado** por órganos de administración; estos son un Comité Directivo y un Director o Gerente, los cuales se determinan en el artículo 9.º así: El Ministro de Defensa Nacional o su delegado, quien lo presidirá, el Comandante General de las Fuerzas Militares, o su delegado, el Comandante del Ejército Nacional de Colombia, o su delegado, el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, o su delegado, el Comandante de la Armada Nacional, o su delegado, el Director General de la Policía Nacional, o su delegado. Tres (3) representantes del Ministro de Defensa Nacional; el Director o Gerente de Fondetec tendrá a su cargo la Secretaría Técnica del Comité, y asistirá con voz, pero sin voto. Y el Director o Gerente del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública -Fondetec- es de libre nombramiento y remoción del Ministro de Defensa Nacional. Este comité se debe reunir de manera ordinaria una vez trimestralmente.

En su organización interna y que materializa el objeto de la ley del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública -Fondetec-, se integra por un Comité de Estudio y Decisión, con expertos en derecho penal, constitucional, Derecho Internacional Humanitario, derecho operacional, que realizan el estudio de casos en asuntos penales o disciplinarios; no solo determina la viabilidad de prestación del servicio, sino que contribuye a los defensores en la construcción de mesas, barras y líneas de defensa tanto para hipótesis de primera instancia como para recursos de apelación, el extraordinario de casación y la acción de revisión. De igual forma, existen diferentes comités de tipo administrativo, de control de la gestión, para que cada día el servicio se preste de forma óptima y adecuada.

En cuanto al ámbito de **cobertura**, la Ley 1698/13 prevé en el artículo 4.º que el servicio se prestará siempre

y cuando la falta o delito haya sido cometido en ejercicio de la misión constitucional asignada a la Fuerza Pública o con ocasión de ella. Por su parte, el artículo 7.º determina como **exclusiones**, entre otras, **aquellas conductas principales** relacionadas con los delitos contra la administración pública, la libertad, integridad y formación sexuales; delitos contra la familia; violencia intrafamiliar; delitos contra la asistencia alimentaria; la extorsión; la estafa; lavado de activos; tráfico de estupefacientes; enriquecimiento ilícito; delitos contra la fe pública y los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado y contra el régimen constitucional y legal definidos en los Títulos XVII y XVIII del Código Penal Colombiano.

**El servicio se presta a todos los miembros de la Fuerza Pública, activos o retirados**, de cualquier grado, rango o nivel de jerarquía, esto es, Oficiales, Suboficiales, Soldados, Infantes de Marina, Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Auxiliares de Policía. Los criterios de distribución proporcional de los recursos comportan, en armonía con el postulado de correspondencia, establecer criterios de priorización cuando los recursos se agoten; no se soportan en el nivel de mando o jerarquía, pues este servicio se presta a todos los miembros de la fuerza pública que reúnan las condiciones para prestación del servicio, independientemente del grado o jerarquía que ostenten; pero, en esa hipótesis, sí teniendo como uno de los criterios el de militar o policía de menos recursos y que esté en imposibilidad de sufragar con recursos propios su defensa.

Como se ha señalado, **este servicio se presta en las instancias disciplinarias o jurisdicción penal ordinaria o penal militar** y se cumple tanto en el orden nacional, internacional<sup>7</sup> y de terceros Estados por excepción en el caso de la competencia bajo el principio de jurisdicción universal<sup>8</sup>. Conforme a la Ley 1698 de 2013 y su

<sup>7</sup> Hipótesis de caso ante la Corte Penal Internacional.

<sup>8</sup> Principio muy discutido que permite una persecución extraterritorial a nivel mundial, con independencia del lugar de comisión del hecho y la nacionalidad del autor o la víctima. V. gr., caso que ocupó al juez Baltazar Garzón frente a Pinochet.

Decreto Reglamentario 124 de 2014, mediante la cual se reguló la ley en cita, y diez acuerdos que desarrollan el Comité Directivo, el ámbito y criterios de cobertura, el manual de contratación, la exclusión de conductas, esto es, respecto de las cuales no se presta el servicio, los criterios de selección y perfiles de los litigantes, y otras medidas administrativas que optimizan el servicio.

Con el objeto de garantizar la **financiación** y sostenibilidad del sistema de defensa, la Ley 1698 de 2013 ha creado el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, de allí la sigla Fondetec, como una cuenta especial de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional que hará parte del MDN- Unidad de Gestión General, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, el cual funcionará bajo la dependencia, orientación y coordinación de este Ministerio. En consecuencia, el artículo 4.º de la citada ley tiene por objeto financiar, esto es, garantizar los costos que generan el servicio de defensa técnica y especializada, logrando así que se garantice a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública una adecuada representación permanente para materializar el derecho fundamental a la defensa. Su financiación se soporta en recursos del presupuesto nacional, los que apropie el Ministerio de Defensa Nacional, las donaciones que reciba y los rendimientos de inversiones de sus recursos; estos recursos son manejados mediante fiducia mercantil, que para este caso son administrados por la Fiduciaria la Previsora, S. A.

Quien esté interesado en tomar el servicio solo debe ingresar a la página [www.fondetec.gov.co](http://www.fondetec.gov.co) y llenar un formulario muy sencillo. 🗺️

torial a nivel mundial, con independencia del lugar de comisión del hecho y la nacionalidad del autor o la víctima. V. gr., caso que ocupó al juez Baltazar Garzón frente a Pinochet.

## El nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia

Capitán Dayana Marcela Torres Mosquera, Oficial enlace ante la Justicia Penal Militar y Policial Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL



El 29 de julio del 2016 en la plenaria de la Cámara de Representantes fue aprobado en último debate el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia –Ley 1801 de 2016. Compendio normativo que entrará a regir el próximo 30 de enero del 2017 en todo el territorio nacional, y cuyo propósito se orienta a la garantía del ejercicio de los derechos y libertades públicas, el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los ciudadanos, el desarrollo del poder y función de policía, en concordancia con los preceptos reglados dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, sin desconocer las dinámicas y cambios sociales que actualmente se viven en nuestro país.

Por consiguiente, con el objetivo de asegurar de manera efectiva las condiciones necesarias de convivencia, seguridad, tranquilidad y la construcción de una paz estable y duradera, este nuevo código señala de manera concreta aquellos comportamientos contrarios a la convivencia, la imposición de medidas correctivas, así como los medios de policía y los procedimientos que se deben adelantar por parte de las autoridades de policía. Valga la pena indicar, que la Ley descrita es la primera herramienta con la que cuentan los ciudadanos y las autoridades para resolver los conflictos que afectan la armonía social de manera ágil y eficaz, evitando acudir a la acción judicial e inclusive penal. Toda sociedad civilizada pacta y cumple mínimos para hacer posible la convivencia pacífica, esta normatividad establece esos mínimos regulando comportamientos sin transgredir los derechos y libertades de los otros, por ende el Código Na-

cional de Policía es eminentemente correctivo y no sancionatorio. Está conformado por tres libros que contienen 243 artículos donde se materializan las bases de la convivencia, las disposiciones generales y ámbito de aplicación, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, las medidas correctivas, los mecanismos y alternativas para la solución de desacuerdos o conflictos.

La importancia de que todos los habitantes del territorio nacional conozcan y apliquen el Código Nacional de Policía y Convivencia, radica en cuatro aspectos principales; 1. En esta Ley están contenidos los comportamientos contrarios a la convivencia. 2. Se especifican los deberes, derechos y procedimientos policivos. 3. Se establecen las medidas correctivas de las que todo ciudadano puede ser objeto al realizar un comportamiento contrario a la convivencia. 4. Se implementan los comités civiles de convivencia que conocerán lo referente a las quejas, peticiones, denuncias y lo relacionado con la función y actividad de policía dentro de una comunidad. De igual manera, las autoridades de policía están obligadas a conocer y dar aplicabilidad de manera eficiente a este instrumento jurídico, pues se consagran en la normativa deberes específicos encaminados a respetar y hacer respetar los derechos y libertades que se establecen en la Constitución política, los tratados internacionales y las leyes, así como brindar el mismo trato a todas las personas y aplicar las normas de policía con transparencia, eficacia, economía, celeridad y publicidad, siendo un ejemplo para el acatamiento

de la ley. Lo anterior, bajo la estricta concepción de la alineación de los principios y valores constitucionales los cuales estarán orientados a la prevalencia y protección de la vida y el reconocimiento y respeto por los derechos humanos.

Dentro de las generalidades del nuevo código, se establecen claramente las definiciones de poder, función y actividad de policía, pues de allí se desprenden multiplicidad de deberes y los campos de actuación de acuerdo a la competencia. Refiere entonces, que el *poder de policía* es la facultad ejercida por el Congreso de la República para expedir las normas en materia de policía, sin embargo la Ley 1801 del 2016 también prevé la existencia del poder subsidiario de policía ejercido por las asambleas departamentales y el concejo distrital de Bogotá, el poder residual conferido a los consejos municipales y el poder extraordinario otorgado para la prevención del riesgo o ante situación de emergencia, seguridad y calamidad a los gobernadores y alcaldes, los cuales podrán disponer acciones transitorias de policía ante situaciones extraordinarias que puedan amenazar o afectar gravemente a la población. La *función de policía* es la potestad de hacer cumplir las disposiciones dictadas en el ejercicio del poder de policía, mediante la expedición de reglamentos generales y de acciones propias para garantizar la convivencia. La *actividad de policía*, es la materialización de los medios y las medidas correctivas en el ejercicio de las funciones legales y constitucionales conferidas a la Policía Nacional de Colombia a fin de preservar la convivencia y restablecer todos los comportamientos que la alteren, la norma dota de instrumentos jurídicos a las autoridades de Policía para el cumplimiento efectivo de su función y la facultad para la imposición de medidas correctivas, a través de los *Medios de Policía* los cuales se clasifican en *materiales e inmateriales*.

Los *Medios Inmateriales* de policía son un conjunto de manifestaciones verbales o escritas que transmiten decisiones de las autoridades como lo son las órdenes de policía, permisos excepcionales, reglamentos, autorizaciones y mediación policial. Los *Medios Materiales*, se definen como aquellos instrumentos

utilizados para el desarrollo de la función y actividad de policía por medio del traslado por protección, retiro del sitio, traslado para procedimiento policivo, registro a personas, ingreso a inmueble con orden escrita y sin orden escrita, registro a vehículos y medios de transporte, incautación de armas de fuego no convencionales, municiones y explosivos y uso de la fuerza. Importante destacar que la utilización de la fuerza legítima corresponde de manera exclusiva en el marco de esta norma, a los miembros uniformados de la Policía Nacional, salvo en aquellos casos en los que se requiera de manera excepcional la asistencia militar.

Las autoridades podrán imponer medidas correctivas a toda persona que realice comportamientos contrarios a la convivencia o el incumplimiento de deberes específicos de la misma, a través de amonestaciones, multa general o especial, decomiso, restitución y protección de bienes inmuebles, expulsión del domicilio, aprehensión con fin judicial, suspensión de actividades, entre otras. Vale la pena indicar que las medidas correctivas no tienen carácter sancionatorio, pues su objetivo principal siempre estará orientado a restablecer la convivencia, disuadir, educar, corregir, prevenir los factores que alteran la armonía y la convivencia pacífica. Refiere la norma en este sentido, que las medidas correctivas como regla general se aplicaran por las autoridades de policía en el sitio en el que sucede el hecho, es decir que las autoridades de policía solo podrán realizar un traslado inmediato y temporal de la persona cuando sea necesaria la ejecución de un proceso verbal e inmediato por razones de seguridad o no atribuibles a la autoridad de policía. Cuando el comportamiento contrario a la convivencia también se configure como una conducta penal, la medida correctiva a imponer no podrá tener la misma naturaleza que la sanción prevista en el código penal colombiano. Las autoridades de policía pondrán en conocimiento a la Fiscalía General de la Nación para que se inicie de inmediato la acción penal. Todo procedimiento policivo podrá ser grabado mediante cualquier medio tecnológico de información, por lo que esta inminentemente prohibido restringir las grabaciones que hagan los ciudadanos.



Dentro de las muchas novedades del nuevo código que actualizó el Decreto- Ley No. 1355 expedido en el año 1970 y que estaba en mora su implementación, se encuentra el *Procedimiento Único de Policía* que faculta a los Comandantes de Estación, Subestación, Centros de Atención Inmediata (CAI) y en general al personal uniformado de la Policía Nacional, para desarrollar de manera verbal e inmediata el restablecimiento de la convivencia e imponer las medidas correctivas que den lugar por la conducta. La autoridad policial, abordará en el sitio donde ocurrieron los hechos al infractor informándole verbalmente que su acción está consagrada en la norma como una conducta contraria a la convivencia, permite que el ciudadano exprese su opinión y hace de manera objetiva una ponderación de lo acontecido en procura de alcanzar la mediación entre las partes, de no lograr la mediación; impondrá la medida correctiva a través de la orden de Policía expidiendo orden de comparendo para cumplir la medida correctiva, informando al ciudadano los recursos que le corresponden y los términos que tienen para interponerlos.

Por lo anterior, se requiere que todo ciudadano conozca y este consciente de lo que implica ser objeto de la imposición de una medida correctiva como mecanismo último de aplicación. Las principales medidas correctivas son: *La Amonestación*, la cual consta de un llamado de atención en privado o en público con el objetivo de concientizar a la persona de la conducta realizada y de su efecto negativo para la convivencia, en procura de un reconocimiento de la conducta equivocada, el compromiso a futuro de no repetición y el respeto a las normas de convivencia. A la *Participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia*. Se le denomina como la obligación de participar en una actividad de interés público o programa pedagógico en materia de convivencia, organizado por la administración distrital o municipal, en todo caso tendrá una duración de hasta seis (6) horas. Cuando se trate de la privación de manera definitiva de la tenencia o la propiedad de bienes muebles no sujetos a registro, utilizados por una persona en comportamientos contrarios a las normas de convivencia,

mediante acto motivado se le señala como *Decomiso*. Finalmente la imposición de *Multa*, se establece como la imposición del pago de una suma de dinero en moneda colombiana, cuya graduación depende del comportamiento realizado, según la cual varía el monto de la multa. Así mismo, la desobediencia, resistencia, desacato, o reiteración del comportamiento contrario a la convivencia, incrementará el valor de la multa, sin perjuicio de los intereses causados y el costo del cobro coactivo. Es importante indicar que el no pago de multas, si transcurridos seis (6) meses desde la fecha de la imposición no ha sido cancelada, la persona no podrá obtener o renovar permiso de tenencia o porte de armas, contratar o renovar contrato con cualquier entidad pública, obtener o renovar el registro mercantil en las cámaras de comercio, ingresar a las escuelas de formación de la Fuerza Pública y ser nombrado o ascendido en cargo público. Es deber de toda persona natural o jurídica, sin perjuicio de su condición económica y social, pagar las multas, salvo que cumpla la medida a través de la participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia, de ser aplicable. Importante saber que la persona que pague la multa durante los cinco (5) días hábiles siguientes a la expedición del comparendo, se le disminuirá el valor de la multa en un cincuenta (50%) por ciento. El sistema de información que contiene el Registro Nacional de Medidas Correctivas, estará a disposición de la ciudadanía para ser consultado constantemente por los usuarios mediante el portal de Servicios Ciudadanos (PSC) de la Policía Nacional de Colombia.

Finalmente, cabe recordar que la aplicación del Código Nacional de Policía y Convivencia, se debe realizar a partir del respeto mutuo como lo expresa la norma; “La relación de las personas y las autoridades de Policía, se basará en el respeto. Las personas tienen derecho a ser tratados de manera respetuosa, con consideración y reconocimiento a su dignidad. Las autoridades de policía a su turno merecen un trato acorde con su investidura y a la autoridad que representan. Principios básicos que toda sociedad debe reconocer en procura de la consolidación de la verdadera paz y tranquilidad”.

## La ponderación en la medida de aseguramiento de detención preventiva en el procedimiento penal militar

Mayor Javier Orlando Laverde Banoy, Juez 71 de Instrucción Penal Militar



El presente artículo tiene como propósito, analizar los criterios de ponderación en la medida de aseguramiento de detención preventiva, en el proceso penal castrense, tomando como base razonamientos jurisprudenciales y doctrinales para su correcta aplicación en la justicia penal militar. Se abordará este aspecto desde un enfoque Constitucional, buscando consolidar y lograr una mejor comprensión para tener en cuenta al momento de resolver la situación jurídica provisional (Ley 522 de 1999), atendiendo al test de proporcionalidad, que consagra la Ley 1407 de 2010.

Se busca salvaguardar la libertad, tomando como base criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. En este sentido, el artículo primero de la Carta Política indica que Colombia es un Estado Social de Derecho y democrático que reconoce los derechos individuales y colectivos de las personas. En ese orden de ideas el acceso a la administración de justicia es considerado como un derecho fundamental, sobre el asunto la corte ha señalado: “se constituye para el individuo en una necesidad inherente a su condición (...) así, el acceso a la administración de justicia se erige en nuestro ordenamiento superior como un derecho fundamental de los individuos, que goza de protección especial”<sup>1</sup>

Del artículo 1º, así como del artículo 29 de la Constitución, se desprenden entre otros derechos la pre-

sunción de inocencia, debido proceso y las garantías judiciales y es deber del funcionario de instrucción penal militar aplicar estos principios al momento de resolver la situación jurídica provisional del miembro de la fuerza pública que está siendo investigado.

Concordante con lo anterior, es necesario traer a colación el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia en el cual se estipula que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”<sup>2</sup>.

En ese sentido, el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos humanos tiene dos tipos de regulaciones, una general y otra específica. La general se encuentra en el numeral primero que expresa “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”<sup>3</sup>. Mientras que en la específica está compuesta por una “serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente o arbitrariamente, a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido, al con-

<sup>2</sup> Constitución Política art. 93, 2015

<sup>3</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Bogotá. Consultado el 26 septiembre 2015]. Disponible en: < [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)>.

<sup>1</sup> Colombia. Corte Constitucional. (1998, septiembre). *Sentencia T- 476*. Magistrado Ponente Doctor Fabio Morón Díaz. Bogotá.

trol judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva, a impugnar la legalidad de la detención y a no ser detenido por deudas<sup>4</sup>.

### Formas de definir situación jurídica.

El artículo 522 del Código Penal Militar prevé que la medida de aseguramiento procede cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. Esto es, se rodea su aplicación a una serie de requisitos de orden sustancial y formal, que debe atender el Juez de Instrucción Penal Militar para adoptar la medida provisional. Tal y como lo ha expresado el Tribunal Superior Militar, “la medida de aseguramiento de detención preventiva no constituye un juicio de responsabilidad, no es una pena, su aplicación es compatible con la presunción de inocencia y en consecuencia no comporta una presunción de culpabilidad.”<sup>5</sup>

Por otra parte, la misma norma refiere como indicio grave de responsabilidad el establecimiento de un hecho indicador del cual al aplicarle varias reglas de la experiencia se infiere otro hecho indicado. Sobre este punto al abordar el tema el Tribunal Superior Militar, indico: “En reiteradas oportunidades ha señalado la Sala que la realización del injusto demanda la verificación del tipo objetivo y el subjetivo, el desvalor de acción y el de resultado, y que la sola ejecución del tipo objetivo no permite consumir el delito, por lo que no basta con mencionar que hay un indicio grave de responsabilidad, sino que es necesario construirlo, desarrollarlo y sustentarlo con base en la prueba militante, expresando la relación causal entre hecho indicador e



<sup>4</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Bogotá. Consultado el 26 septiembre 2015]. Disponible en: < [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)>.

<sup>5</sup> Colombia. Tribunal Superior Militar. (2008, Diciembre). Sentencia 155457. Magistrado Ponente TC Camilo Andrés Suarez Aldana. Bogotá.

indicado sobre postulados como la ciencia, la inferencia y las reglas de experiencia”<sup>6</sup>.

Aunado a lo anterior, el juez de instrucción penal militar una vez verificado que obra un indicio grave de responsabilidad debe analizar los fines de la medida al momento de definir la situación jurídica con detención preventiva y no quedarse solo con el análisis de los requisitos formales y sustanciales para su imposición. Podemos señalar que el numeral primero del artículo 308 y el artículo 309 de la Ley 906 de 2004, deben ser tenidos en cuenta como normas indicadoras de obstrucción a la justicia, que permiten comprender en que momento la imposición de la medida de aseguramiento sería imprescindible para evitar la afectación a la administración de justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podría destruir, modificar, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que provocará a testigos, o demás intervinientes en el proceso con la finalidad que actúen de manera desleal o evasiva; o cuando obstaculice o haga más difícil la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en el proceso penal militar.

Siendo ello así, en cuanto al numeral 1º del artículo en mención, este representa la verificación que debe efectuar el juez de instrucción penal militar para determinar si el sindicado o investigado da muestras de querer obstruir el debido ejercicio de la justicia, o existe prueba siquiera sumaria indicativa que vaya a entorpecer el libre desarrollo de la investigación, o motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podría destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se evidencie que influirá en el personal por vincular, así como en los testigos, peritos o terceros, para que se informen falsamente o se comporten de manera desleal en el proceso.

También es necesario cotejar si el militar o policial que está siendo investigado, constituye un peligro para la

seguridad de la sociedad, de la víctima o de la fuerza pública, teniendo en cuenta las circunstancias en las cuales se dieron los eventos motivo de investigación. En ese sentido el concepto de “peligro para la sociedad” como presupuesto para la imposición de una medida de aseguramiento, hace referencia a la interpretación consignada en la sentencia C- 1198 de 2008, en concordancia con el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, modificado por el art. 24, Ley 1142 de 2007, a su vez modificado por el art. 3, Ley 1760 de 2015, en el que se estipula el peligro para la comunidad en su artículo 24. Que entre otras cosas debe tenerse en cuenta que para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez debe valorar adicionalmente a lo anterior las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. Estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas. 6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito. 7. Cuando haga parte o pertenezca a un grupo de delincuencia organizada.

De la misma forma, el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, consagra el evento de la no comparecencia de quien está siendo investigado al proceso. En este caso, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible, se debe tener en cuenta las siguientes consideraciones: 1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. 2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este. Es por ello que el funcionario de instrucción castrense debe ir más allá y verificar todos los aspectos ya descritos, que son clave

<sup>6</sup> Colombia. Tribunal Superior Militar. (2010, abril). Sentencia 026-155728-6902. Magistrado Ponente TC Camilo Andrés Suarez Aldana. Bogotá.

para tomar una decisión más justa en el auto interloquutorio de situación jurídica. En ese orden de ideas y haciendo un paralelo con la justicia ordinaria la Corte Constitucional expreso: “Realizando una lectura sistemática y completa de los artículos 306, 308 y 312 de la Ley 906 de 2004, es claro que la solicitud y decreto de una medida de aseguramiento, en este caso invocando que el imputado o acusado no cumplirá la sentencia, debe estar acompañada de: (i) Los elementos de conocimiento necesario para sustentar la medida y su urgencia; (ii) el juez de control de garantías escuchará para tal efecto los argumentos de la Fiscalía, el Ministerio Público, la víctima o su apoderado y la defensa (art. 306); (iii) debiendo analizarse por parte de dicho juez si de la evidencia física y los elementos materiales probatorios recogidos y custodiados se pueda inferir razonablemente, no solo que el imputado es autor o partícipe de la conducta, sino que se cumpla alguno o algunos de los presupuestos del artículo 308, para lo cual, seriamente deberá considerar los supuestos del artículo 312 para establecer atinadamente el riesgo de su no comparecencia.”<sup>7</sup>

Robert Alexy, propone tres elementos que componen la ponderación (la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga argumentativa), en lo referente a la carga de la argumentación indica como ejemplo que teniendo en tensión la libertad, la igualdad jurídica y la administración de justicia, prevalecerá la democracia. En otros términos, el filósofo del derecho Robert Alexy señala que las decisiones, o argumentación jurídica deben ser consonantes con un Estado constitucional democrático. Robert Alexy, plantea que el problema con los derechos fundamentales es precisamente la posibilidad que sean restringidos, es por ello que se hace necesario ponerle límites, los cuales pueden establecerse en definitiva solamente mediante una ponderación.

Aunado a lo ya plasmado, debe realizarse un test de ponderación, por parte del funcionario de instrucción

<sup>7</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2004, abril). Sentencia Rad- 22188. Magistrado Ponente Doctor Alfredo Gómez Quintero. Bogotá.

castrense que asume imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva al definir la situación jurídica provisional del militar o policial que está siendo investigado. Se deben verificar entonces los fines de la pena, atendiendo a que la medida de aseguramiento cumple unos fines constitucionales que deben responder a los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad que deben ser analizados, teniendo en cuenta que no se trata de una condena sino de la imposición de una medida de carácter provisional, que deberá ponderarse con relación a la evaluación de las pruebas que militan en el proceso. Luego la medida de aseguramiento no solo puede estar basada en la subjetividad del juez. En ese sentido el Tribunal Superior Militar indico: “De igual manera es necesario que el A Quo al momento de imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva y al analizar los fines constitucionales de la misma, debe estudiar no solo la necesidad y proporcionalidad, sino también los requisitos establecidos en el artículo 366 de la ley 1407 de 2010, con fundamento en las pruebas que obren en el proceso y no con apreciaciones subjetivas y para ello debe disponer la práctica de pruebas que conduzca a su realización”<sup>8</sup>.

Como se dijo al inicio, se puede señalar entonces que estamos frente a un problema de legalidad, es decir observamos como el legislador deja algunos vacíos en las normas que deben ser llenados por el operador de instrucción penal militar, así mismo, que es viable en este caso acudir a un marco jurídico supraconstitucional contenido en el bloque de constitucionalidad compuesto por una serie de garantías plasmadas en instrumentos internacionales que protegen el derecho a no ser privado de la libertad de forma absurda. Regulación importante a nivel de derecho interno y que es exigible a través del control de convencionalidad en cabeza del juez de instrucción penal militar.

<sup>8</sup> Colombia. Tribunal Superior Militar. (2013, Septiembre). Sentencia 157756-10096. Magistrado Ponente MY (R) Maricel Plaza Arturo. Bogotá.

### Conclusiones.

La medida de aseguramiento de detención preventiva, consagra la obligación del juez de instrucción penal militar de verificar los requisitos consagrados en el artículo 466 de la Ley 1407 de 2010, lo que significa que la ponderación es un modelo de argumentación, o una forma de tomar decisiones que implica que el juez de instrucción castrense atienda a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad al momento de imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva, como quiera que se está afectando el derecho fundamental de la libertad.

Para interpretar la vulneración de derechos fundamentales, como en este caso la privación de la libertad, hoy en día el juez de Instrucción Penal Militar debe acudir al test de ponderación, para en adelante observar una serie de pasos o lista de verificación para estructurar una solución cuando se presentan una colisión de principios que involucren derechos fundamentales. El juez de instrucción penal militar a la hora de valorar la privación de la libertad debe responder a una serie de cuestionamientos y no ser un mero aplicador de la Ley, sino haciendo uso de su función como intérprete de la misma, verificar situaciones personales, sociales, familiares, atendiendo a un proceso sistemático que le permita, a la hora de definir la situación jurídica del investigado con una carga argumentativa llegar a la conclusión del porqué de la imposición o no de la medida.

Igualmente, y como quiera que la presunción de inocencia se encuentra plasmada en la Constitución Política, así como en instrumentos internacionales, es de obligatoria observación por parte del Juez de instrucción penal militar, quien al momento de tomar la decisión de privar de la libertad preventivamente, debe sin excepción alguna tenerla en cuenta so pena de incurrir en violación al debido proceso.

Con una aplicación correcta de la ponderación atendiendo a criterios de razonabilidad proporcionalidad y necesidad se reducen los costos por posibles demandas contra el Estado y se ayuda a superar el problema social que implica tener privado de la libertad a un miembro de la fuerza pública, en un sistema carcelario precario con sobrepoblación.



## Influencia del funcionalismo en el derecho penal militar y policial

### “Reflexión sobre los Fines de la Pena consagrados en el Código Penal Militar Ley 1407 del 2010”.

Capitán Rodrigo Andrés Méndez Campos, Juez 175 de Instrucción Penal Militar



La Ciencia Penal en los últimos siglos ha experimentado un avance progresivo; en la actualidad es impensable abordar el fenómeno del delito y sus tópicos afines, sin tener en cuenta de manera integral, la dogmática penal, la criminología y la política criminal. En este mismo sentido, estas disciplinas ya no permanecen impermeables, por el contrario, su recíproca influencia determina la naturaleza de cada una de ellas. Desde esta perspectiva, en Colombia la dogmática penal de manera concreta ha dado el paso de transición de una visión finalista hacia una funcionalista, circunstancia que impacta indefectiblemente en instituciones y dispositivos penales al interior de los ordenamientos jurídicos, particularmente me interesa reflexionar sobre la influencia que el funcionalismo ha tenido en el derecho penal militar y policial, específicamente partiendo del análisis de los fines de la pena contemplados en el actual Código Penal Militar.

#### 1. Criminología y Funcionalismo en el Derecho Penal Militar y Policial.

Lo que hoy conocemos como “*Ius Puniendi*” tanto la Jurisdicción Ordinaria como Castrense, es la concreción positiva a fuerza de históricas batallas teóricas entre diversas corrientes criminológicas, desde el determinismo de la Criminología Positiva, el criticismo de la Criminología Crítica, la influencia del Marxismo en la Criminología, *el Labeling Approach* o Criminología del Etiquetamiento<sup>1</sup>, hasta las posturas de las Escuelas Estadounidenses de criminología.

<sup>1</sup> LARRAURI, Elena. La Herencia de la Criminología Crítica. Op

De acuerdo con lo anterior es innegable que las actuales formas de entender el derecho penal, concluyen que estructuras lógicas<sup>2</sup> y eminentemente teóricas propias del Finalismo, como fundamentos de una dogmática penal, no constituyen arquetipos correctos de un derecho penal eficiente y próximo a los límites constitucionales del derecho penal subjetivo en estos tiempos. Basta con consultar a reconocidos funcionalistas como los profesores Roxin, Hassemer, Jakobs,<sup>3</sup> para entender que nunca la realidad social ni sus expectativas, pueden divorciarse del derecho penal vigente en una colectividad.

#### 2. La Influencia del Funcionalismo en la determinación de los Fines de la Pena establecidos en el Código Penal Militar Ley 1407 del 2010.

La circunstancia referida analizada desde los fines de la pena en el nuevo Código Penal Militar, evidencia la influencia del funcionalismo, específicamente en su artículo 12, cuya redacción dista de la del Código Penal Ley 599 del 2000 y de la contenida en la Ley 522 de 1999 anterior Código Castrense. De tal manera que el artículo 4 del Código Penal contiene el elenco de la

Cit. P. 25-37.

<sup>2</sup> SANCHEZ, Herrera Esiquio Manuel. La Dogmática de la Teoría del Delito, Evolución Científica del Sistema del Delito. Monografías de derecho penal numero 16. Universidad Externado de Colombia, pag 140 y ss.

<sup>3</sup> FERRE OLIVE, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA Paula Andrea. Derecho Penal Colombiano Parte General. Principios Fundamentales y Sistema. Grupo Editorial Ibáñez. 2010, Pág. 122 – 130.



finalidad que cumple la pena en el marco de un proceso penal, como la prevención general y especial, la retribución justa, la reinserción social y la protección al condenado<sup>4</sup>. Sin embargo, al leer el artículo 12 de la Ley 1407 del 2010<sup>5</sup>, que refiere los principios de las sanciones penales, excluye la **retribución justa** como finalidad de la pena. A esta llamativa diferencia se suma la redacción de los fines de la pena plasmada en la Ley 522 de 1999, que contemplaba como un fin de la pena, la función ejemplarizante<sup>6</sup>, que después de ser aislada del ordenamiento jurídico, mediante el oportuno análisis de la Corte Constitucional en Sentencia C-228/03 de 18 marzo, MP. Alfredo Beltrán Sierra, confluye en la tradicional función retributiva<sup>7</sup>.

De la simple comparación de estas tres normas, se puede decantar que mientras en la Ley 522 de 1999 y la Ley 599 de 2000, se contempla como uno de los fines de la pena el factor retributivo, en la Ley 1407 del 2010 este fin queda excluido, circunstancia que llama la atención por cuanto el principio de retribución justa en el marco de los fines de la pena, es el de menos proximidad con un derecho penal funcionalista, el cual sintetiza su sentido en intereses sociales concretos y no meramente en postulados teóricos o ideas de justicia cercanas a corrientes Iusnaturalistas, a veces de difícil concreción<sup>8</sup>. Esto no es ajeno a las críticas de quienes consideran la retribución justa como el fin que ofrece mayor cercanía al valor de proporcionalidad en la aplicación de la pena, constituyéndose en talanquera a la maximización de ella, ya que miran la imposición de la pena desde perspectivas de prevención ge-

neral y especial únicamente, llegando a la conclusión errada que a mayor pena mayor prevención.

Apartándose de tal discusión, y para entender la visión funcionalista de los fines de la pena, deberá desatenderse la noción de prevención general intimidatoria enseñada por el profesor Anselm V. Feuerbach<sup>9</sup>, según la cual el derecho penal funge como factor desmotivador del eventual infractor penal; para dar paso a la nueva forma de ver la prevención general positiva funcionalista, que más allá de lo jurídico busca dentro de los linderos de lo social, su justificación y validez, supuesto que determina la subsiguiente apertura y exposición del derecho penal y su dogmática, a intereses no solo jurídicos sino sociales, de manera que el fin de la pena, se desarrolla en su aproximación a intereses específicos de la sociedad como lo afirma el profesor Hassemer<sup>10</sup>; en este sentido, el Código Penal Militar es más vanguardista que el mismo Código Penal, al resultar más próximo al funcionalismo, en la medida en que se aleja de fines de naturaleza retributiva.

### 3. Contexto Social; Factor Determinante en la Valoración de los Delitos objeto del Fuero Penal Militar y Policial.

Ahora bien, si entendemos que las expectativas sociales en relación a los miembros de la Fuerza Pública, están guiadas por la misión constitucional asignada a ellos y por el servicio que frente a la sociedad deben cumplir; debe tenerse en cuenta entonces, dentro de este concepto amplio de sociedad, las características de las sociedades militar y policial en particular que constituyen el principal escenario de las conductas

<sup>4</sup> COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 599 del 2000. "Funciones De La Pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado".

<sup>5</sup> COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 1407 del 2010 "Principios De Las Sanciones Penales. La pena en materia penal militar tiene como función la prevención general y especial, protectora y reinserción social (...).

<sup>6</sup> COLOMBIA CORTE Constitucional, Sentencia C-228/03, 18 de marzo del 2003, Magistrado Ponente, Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. Referencia: expediente D-4261.

<sup>7</sup> Ley 599 de 1999 Código Penal Militar Artículo 17.

<sup>8</sup> VELÁSQUEZ V., Fernando. Derecho Penal. Parte General. 4 ed. Librería jurídica con libros. 2009. Pag. 255.

<sup>9</sup> FERRE Olive Juan Carlos, NUÑEZ Paz Miguel Ángel y RAMÍREZ Barbosa Paula Andrea, Derecho Penal Colombiano Parte General Principios Fundamentales y Sistema 2009. Grupo Editorial Ibáñez, página 173.

<sup>10</sup> FERRE Olive Juan Carlos, NUÑEZ Paz Miguel Ángel y RAMÍREZ Barbosa Paula Andrea, Derecho Penal Colombiano Parte General Principios Fundamentales y Sistema 2009. Grupo Editorial Ibáñez, página 177. (...) *el Derecho penal debe influir para afirmar y asegurar las normas que la sociedad considera indispensables, persiguiendo el asentamiento social de las normas, influyendo de esa forma en otros procesos y sectores de control social distintos al derecho penal (...)*

punibles objeto del Fuero de la Jurisdicción Especializada. Con base en este entendimiento, la incorporación de **perspectivas de sociedad** al valorar conductas punibles concretas en el ámbito de Fuero Penal Militar y Policial, no resultan extrañas a la jurisprudencia y desde hace años se dejan ver en las decisiones del Honorable Tribunal Superior Militar, un ejemplo de ello es el tratamiento sistemático que se ha dado a algunos delitos como el abandono del puesto, analizándolo en relación con la dinámica social, y la mutación del servicio policial que lo determinan, circunstancia que impacta la forma de valorar tal punible<sup>11</sup>. En decisión similar, y frente al mismo tipo penal, el Tribunal se ha pronunciado también sobre la protección del bien jurídico del servicio, analizando el mismo, bajo criterios sociales y no meramente normativos<sup>12</sup>.

Estas concepciones de connotación claramente funcionalista, conllevan un nuevo entendimiento respecto del tratamiento del delito y específicamente de aquel que ingresa en el umbral del Fuero Castrense, puesto que aborda el mismo no solo desde una concepción jurídica de delito, sino lindando la base de un concepto criminológico del delito, visto como una especie de categoría de desviación social y consecuentemente, el derecho penal castrense y policial visto también, como un medio de control social formal. Tal noción integral del derecho penal, conlleva implícitamente, una visión de la prevención general armónica con otros medios de control social formales menos violentos que el derecho penal, por ejemplo el derecho disciplinario en materia militar y policial, incluso con medios de control social informales como la moral militar y policial, los cuales resultan también funcionales para contrarres-

<sup>11</sup> COLOMBIA, TRIBUNAL Superior Militar, Segunda sala de decisión, Rad 156453, 22 de abril de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS. "(...)a esta comprensión se debe llegar atendiendo la nueva realidad institucional del estamento policial, y en consecuencia ir superando que la facción única y exclusivamente se desarrolla en una coordenada determinada, para entender que también es posible en diferentes escenarios dependiendo del servicio a cumplir por la unidad policial(...)"

<sup>12</sup> COLOMBIA, TRIBUNAL Superior Militar, Cuarta sala de decisión, Rad 156500, 25 de mayo de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRES SUAREZ ALDANA. "(...)Un concepto de bien jurídico con dimensión práctico social, depende de la función del Derecho Penal Militar en la sociedad, si la configuración social se basa en bienes jurídicos, la norma penal debe apuntar a su protección (...)"

tar las consecuencias sociales del delito<sup>13</sup>; tal realidad constituye la justificación del *Ius Puniendi* Penal Militar y Policial en la actualidad, ya no desde intereses meramente lógicos y normativos, sino desde intereses jurídico-sociales. Esta perspectiva social del delito y del derecho penal, es reafirmada por Jakobs, quien describe al delito como disfuncional a la sociedad.

#### 4. Derecho Penal Militar y Policial como Control Social Formal.

Resulta poderosamente llamativo, como este tipo de concepciones funcionalistas de la dogmática penal, permiten la aproximación de logros que históricamente se han mantenido distantes; me refiero al derecho penal y sus instituciones, en relación con el ámbito de la seguridad ciudadana y la seguridad nacional, supuestos que en la actualidad resultan ser más próximos que lejanos. Por esto mismo, el derecho penal militar y policial, debe avanzar en la misma dinámica o quizás más ágilmente que las comunidades en que resulta funcional. En el caso de las comunidades policial y militar, las cuales están progresivamente, en continuo avance, globalización y tecnificación, en una competencia dialéctica, contra el delito, y los factores que atentan contra la convivencia pacífica y la seguridad nacional; es necesario que ese derecho penal militar y policial, visto como control formal de la sociedad en general y de las sociedades policial y militar en particular, siga la misma suerte y resulte embebida por la influencia de esas colectividades en las que ha de materializar su función.

Lo anterior, por cuanto en una sociedad globalizada, de riesgo y henchida de tecnología, los factores que afectan los fines de la Fuerza Pública, llámense criminalidad o conflicto armado, siguen con igual velocidad la senda marcada por la sociedad en que se desarrollan, situación que impone al derecho penal militar y policial en el establecimiento de responsabilidades individuales, a experimentar una dinámica igual, cumpliendo de

<sup>13</sup> DAZA, Gonzales Alfonso. La Discrecionalidad en el Ejercicio de la acción Penal Frente a los Fines del Proceso Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Centro de Investigaciones Socio-jurídicas Primera Edición Bogotá, D.C. 2011.

manera realista y moderada<sup>14</sup>, su función en esa sociedad. Si esto no es así, siguiendo el ejemplo del delito de abandono del puesto, ¿de qué otra manera puede explicarse que este tipo penal no caiga en desuso, frente a una actuación policial, cuando al realizar los juicios de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o responsabilidad, se desconozcan los avances que en esa materia ha tenido la realidad policial, mediante la implementación del modelo nacional de vigilancia comunitaria por cuadrantes, o con los nuevos dispositivos normativos que estarán vigentes en enero del 2017 con el nuevo Código de Policía y Convivencia?; como dice acertadamente Scheerer<sup>15</sup>, el derecho penal avanza e incluso conceptos ligados a los fines y misiones de la Fuerza Pública, como criminalidad y guerra, que antes resultaban tan distinguibles, ahora aparecen vinculados, testimonio de ello son las referencias a conceptos como guerra contra el narcotráfico o el terrorismo.

En últimas, la perspectiva de un derecho penal funcionalista y su influencia en nuestro derecho penal militar y policial, nos recuerda la necesidad de esa simbiosis entre dogmática penal, política criminal, criminología y realidad social, pero aparte de ello, nos hace más conscientes de la imposibilidad de deslindar estas cosmovisiones entre sí, que convergen en la justificación y legitimidad del derecho penal militar y policial en nuestros días, pues si acordamos como principio funcionalista, la inescindible relación entre sociedad y derecho penal, y si a su vez el derecho penal está llamado a ser funcional para la sociedad, entonces, teniendo clara la relevancia de la Fuerza Pública en una sociedad democrática como la Colombiana, no puede concebirse de manera adecuada esa sociedad, y dentro de la misma, a las sociedades militar y policial, sin uno de sus principales controles sociales formales, el Derecho Penal Militar y Policial. 🗳️

<sup>14</sup> PRITTWITZ, Cornelius. La Función del Derecho Penal en la Sociedad Globalizada del Riesgo, "Defensa de un Rol Necesariamente Moderado". Sobre la más Reciente Discusión Acerca del Dominio de la Organización. Editorial Temis, en Varios Autores Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania, 2012. Página 53.

<sup>15</sup> SHEERER, Sebastián. La Función del Derecho Penal en la Sociedad Globalizada del Riesgo, "Defensa de un Rol Necesariamente Moderado". Sobre la más Reciente Discusión Acerca del Dominio de la Organización. Editorial Temis, en Varios Autores Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania, 2012. Página 254.



# Preservar el fuero militar, un compromiso del operador judicial

Capitán Cesar Augusto Sarache, Juez 32 de Instrucción Militar Penal Militar



A partir del conocimiento de una noticia criminal, resulta un imperante ético y una obligación constitucional, legal y jurisprudencial, dar plena aplicación a los contenidos y postulados del juez natural especial. Constituye una garantía jurisdiccional como límite formal del *Ius Puniendi*, aplicar la ley militar a las conductas que cumplan los requisitos contemplados en el artículo 221 constitucional, bajo esa premisa, la función del Juez Instructor se debe activar, como herramienta legítima del Estado de Derecho para garantizar la cohesión, preservar la institucionalidad y proteger los bienes jurídicos propios del sistema castrense.

De esa manera se logra garantizar la plena operatividad del fuero militar, que es concebido como una prerrogativa, “en virtud de la cual los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo no son investigados y juzgados por los fiscales y jueces a los cuales están sometidos la generalidad de los ciudadanos, sino por jueces y tribunales militares, con arreglo al Código y leyes penales militares, en aquellos eventos en los que incurrían en conductas punibles al ejecutar o desarrollar sus funciones legales y constitucionales” (Sentencia C084, 2016).

En ese sentido, el fuero supone un trato diferencial para los miembros de la Fuerza Pública, que en el ejercicio de sus funciones cometen conductas punibles, una excepción a la aplicación del juez natural ordinario, comporta la necesidad de investigación y juzgamiento por sus pares, en atención a la especial función que cumplen y particular misión que desar-

rollan, en procura de garantizar la paz y tranquilidad de los ciudadanos del pueblo colombiano.

Esta condición inherente al soldado o policía en servicio activo, no es algo que haya surgido de la noche a la mañana, ha estado incrustada en la realidad jurídica desde la misma fundación de la nación, en ese contexto, la historia de la Justicia Penal Militar es tan antigua como lo son las instituciones del Estado, siempre ha permanecido ligada a la realidad colombiana, desde la misma gesta libertadora hasta la transformación impresa en los contenidos filosóficos y dogmáticos de la Carta Magna de 1991, ha sido pieza clave a través de los tiempos en la evolución de la democracia participativa y herramienta por excelencia a la hora de controlar las situaciones que ponían en riesgo el ejercicio soberano y legítimo del aparato judicial como mecanismo de control social.

Allí refulge la importancia de garantizar que las conductas cometidas por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio, sean conocidas de manera primigenia por el Juez de Instrucción, servidor que, en ejercicio de su función, debe analizar con base en el material probatorio obrante, los contenidos legales y jurisprudenciales que le permiten o no continuar adelantando la investigación, él, por disposición legal, debe realizar el estudio pertinente de los factores de competencia, continuando con el adelantamiento de la causa, o enviado a la jurisdicción ordinaria según sea el resultado de su proceso de valoración.

Aquello constituye el deber ser, elemento esencial integrado a la realidad jurídica nacional desde la misma Constitución de 1991 en los artículos 116, 221 y 250, ratificado por el legislador del 2010 cuando contempló en la ley 1407 los postulados iniciales presentes en sus primeros apartados, desconocer entonces la existencia del fuero militar, además de ser un atentado contra la ley, constituye una flagrante violación a la tradición judicial construida por centenares de servidores que han permitido a través del tiempo y de sus decisiones, la continuación de la Justicia Penal Militar como órgano judicial especializado.

Argumento incluso reconocido por el Consejo de Estado cuando analizó el contenido de un acta suscrita en el 2006, en la cual de tajo se sustituyó la Constitución y se le dio potestades y atribuciones que no tiene el fiscal, al otorgarle la función de analizar la competencia para continuar adelantando la investigación en hechos relacionados con operaciones militares y policiales, atribuciones que según lo ya señalado, le corresponden al juez instructor, en ese sentido señaló el alto tribunal:

*(...) estima la Sala que de presentarse conductas delictivas por miembros de la Fuerza Pública, “con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares”, para determinar la competencia de la Justicia Penal Militar o de la Justicia ordinaria para conocer de un caso concreto, será el Juez de Instrucción Penal Militar quien al analizar la situación fáctica en que se cometió el acto delictivo confronte la conducta realizada y la operación o acción propias del servicio, para efecto de establecer si tal operación o acción se encuentra dentro del tipo de delito militar y del delito común adaptado a la función militar o se aparta de ella para tipificarse como conductas del conocimiento de la Justicia ordinaria (Consejo, 2012).*

Disposición aplicable desde del mes de noviembre de 2012, (al menos así lo dispuso el Consejo), e implica que cuando en desarrollo de una operación militar o un operativo policial, se trasgreda una norma jurídica, por ejemplo se de muerte a una persona, los funcionarios de policía judicial son los llamados a ingresar a la escena de los hechos, deben adelantar además las tareas propias de su función, los actos urgentes y remitir el contenido de sus actuaciones al Juez de Instruc-

ción Penal Militar, situación que en la actualidad no se cumple, ya que se siguen enviando las diligencias al fiscal de la URI, este a su vez la asigna por competencia territorial al fiscal más cercano al lugar donde ocurrieron los hechos y allí se continúa con la investigación dejando de lado lo que dice la Ley Militar, la Constitución Política y la sentencia del Consejo de Estado anteriormente citada.

Ni siquiera los grupos con funciones de policía judicial de la Policía Nacional adscritos a las unidades operativas menores (GROIC), respetan esa disposición, las diligencias son enviadas a la justicia ordinaria sin contar con el Juez de Instrucción, con el argumento que allí le asignan el número de noticia criminal, sin el cual por ejemplo no le reciben los elementos de prueba en el laboratorio para su procesamiento, excusa que cae de su peso, por cuanto diariamente la Justicia Penal Militar y Policial a través de misiones de trabajo, envía a los diferentes laboratorios de Instituto de Medicina Legal, Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, incluso de la misma Policía Nacional, elementos de prueba para obtener los dictámenes necesarios en el desarrollo de la investigación, utilizando para tal fin el radicado del proceso que nace en cada despacho judicial.

Lo anterior se traduce en la vulneración al principio de doble incriminación, ya que nace una investigación en la justicia ordinaria y otra en la justicia penal militar, con el agravante que mientras se define la competencia, muchas actuaciones permanecen en los anaqueles de los despachos judiciales, situación entendible si se tiene en cuenta el gran volumen de trabajo que tienen a su cargo, pero lesivo para el desarrollo de una investigación integral, ya que como lo dijera Beccaria en su obra: “tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere al delito cometido” (Beccaria, 1764), postulado esencial que contribuye a destacar el derecho al plazo razonable del que goza no solamente el procesado sino incluso la víctima, que en un proceso penal militar tiene también participación.

Esta situación, no solo se hace evidente en los procesos que inician con ocasión de un resultado operativo, la práctica se hace extensiva a las conductas sobre



las cuales no debería existir ninguna duda en relación con el adelantamiento de las diligencias, casos donde se pone en peligro la disciplina militar, por ejemplo, en los ataques al superior e inferior, que están llegando directamente a la Fiscalía General de la Nación, allí se manejan como lesiones personales sin secuelas, lo cual sin duda constituye una forma de hacer justicia, pero no alcanza la connotación que este comportamiento tiene en la Justicia Penal Militar y Policial, donde constituye un atentado a los valores inalienables en los que se cimenta la institución militar o policial, que exige un respeto recíproco entre superior e inferior, particularmente por la función que cumplen, la actividad que realizan y la exposición permanente a los riesgos propios derivados del monopolio de las armas.

Además de lo anterior, conductas que diariamente se presentan en los cuarteles militares, en las bases móviles o fijas, están quedando por fuera de la competencia de la Justicia Penal Militar y Policial, casos tan evidentes como aquel donde el centinela en cumplimiento de su función acciona su arma de dotación, lesionando un compañero o un civil que pretendía regresar o ingresar al área de vivac y por error fue confundido con el enemigo que se acercaba a su posición, o el resultado de la infracción al deber objetivo de cuidado al utilizar de manera irresponsable el arma de dotación, llegan de manera primaria a la Fiscalía donde les asignan el radicado y no son enviados a la justicia especializada.

Es claro que la Justicia Ordinaria es el juez natural por regla general y la excepción es la Justicia Penal Militar y Policial, ello no está en discusión, pero también es claro que se debe cumplir con el principio de especialidad que gobierna las actuaciones de la justicia castrense. El fuero es una realidad normativa que cobija la actuación del miembro de la fuerza pública que afronta diariamente la responsabilidad de defender las instituciones legítimas del Estado, representa la seguridad jurídica que le permite desempeñar su función con la tranquilidad necesaria para ocuparse de los asuntos propios del riesgo que asume, saber por ejemplo que su actuación, como ha sido a través de la historia va a ser verificada, analizada y judicializada según el caso, por un servidor que entiende el quehacer militar y policial, que conoce la complejidad que reviste el enfrentar todos los fenómenos criminales

arriesgando con ello el don más preciado del ser humano, la vida misma, les genera tranquilidad.

Lo contrario representa un riesgo jurídico que desvanece la moral, aplicar un marco jurídico inadecuado para interpretar la actuación de un soldado desplegado en el campo de combate, constituye un flagrante error que puede llevar a la pérdida de la libertad, allí refulge la importancia del juez penal militar, interprete idóneo del papel que cumple este servidor, que sin duda asume un riesgo que nadie más contempla, al activar entonces la jurisdicción especializada con el fin entender y descifrar la actuación que cumple este militar, se está dando plena vigencia a la institución foral, antiquísima como la legitimidad misma del Estado, e indispensable para preservar los bienes jurídicos propios que el legislador estimo proteger, valores intrínsecos que solo cobran sentido al interior de la institución jerarquizada.

Corresponde entonces al juez instructor, hacer prevalecer su competencia, hacer cumplir la ley, hacer respetar el fuero militar, para ello se necesitan tres cosas en esencia, primero, aplicar los criterios jurisprudenciales en torno a la competencia, segundo, concientizar a los comandantes en todo nivel de la importancia de informar los hechos constitutivos de conductas punibles en primera instancia al juez penal militar y tercero, reclamar las investigaciones que se encuentren en la jurisdicción ordinaria que cumplan con las exigencias normativas y jurisprudenciales contenidas en el artículo 221 constitucional.

En primera instancia, y al aplicar los criterios dispuestos por la copiosa jurisprudencia, se defiende de manera adecuada el fuero militar, el juicioso análisis de los elementos que refulgen en las decisiones de la Corte Constitucional desde aquella sentencia hito<sup>1</sup>, constituye la mejor herramienta a la hora de argumentar por qué una investigación debe continuar su ritualidad en la justicia especializada, estos elementos que han sido resaltados incluso por el Tribunal Superior Militar<sup>2</sup>, en

<sup>1</sup> Me refiero a la sentencia C358 de 1997

<sup>2</sup> Tribunal Superior Militar. Radicado 157061. MP. Coronel Fabio

la exégesis de sus decisiones y que pueden ser resumidos en cuatro criterios identificativos:

- a) Que exista un vínculo claro de origen entre el delito y la actividad del servicio, es decir, que aquél, haya surgido de una extralimitación, desviación, exceso o abuso de la actividad del servicio, en otras palabras, la actividad del servicio se transformó y conllevó a un punible.
- b) Que el vínculo que se predica entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, es decir, que aquél exceso debe surgir durante la realización de una actividad propia de la Fuerza Pública, por ello no resulta viable predicar la relación del vínculo en eventos hipotéticos o abstractos.
- c) La existencia de punibles calificados de inusitada gravedad, se rompe el vínculo entre el delito y la actividad relacionada con el servicio;
- d) La determinación de la relación con el servicio debe surgir de manera clara, nítida o diáfana de las pruebas que obran en el acervo probatorio.

Necesita entonces revisar el caso concreto, verificar si se cumplen con los requisitos antes trascritos y preservar el fuero militar, nada diferente le es exigible, no debe prevaricar, debe asumir su papel de titular de la acción penal en materia militar y policial, aperturar la investigación una vez tenga conocimiento de la comisión de conductas punibles, a partir de allí y con base en su experiencia y experticia analizar los factores de competencia aludidos, tiene que arrogarse su rol natural, histórico y estamental, lo debe asumir como una obligación legal y un imperante moral, realzar la función de la justicia penal militar es la misión.

En segunda instancia, como ya se señaló, se debe concientizar a los comandantes a todo nivel sobre la importancia de poner en conocimiento del juez penal militar las conductas que sean constitutivas de

Enrique Araque Vargas. Bogotá. (2011).

infracciones a la ley penal, antes incluso que se active el papel del GROIC, el Juez de Instrucción debe saber que en determinado lugar se acaba de presentar una situación que amerita de su intervención, cumplir su función de manera rápida y oportuna debe ser la prioridad.

Así se garantiza la plena operatividad del fuero penal militar, es necesario que el juez penal militar haga saber al comandante sobre la importancia de la denuncia, así se construye una política criminal adecuada, que permite desde lo institucional realizar campañas tendientes a la prevención del delito, como atacar las causas si se desconocen los orígenes.

El comandante entonces, debe reconocer a su juez instructor como su aliado en la lucha contra la criminalidad, una herramienta legal para contribuir a preservar los bienes jurídicos propios de la institución castrense; la disciplina, el servicio, la seguridad de la fuerza pública, solo se pueden proteger a través de las herramientas que el legislador le otorgó a este servidor, ello se debe notificar a la sociedad militar a través de las decisiones que se toman en el seno de la jurisdicción, materializadas desde de la función esencial de la sanción penal, tanto en la prevención general como en la especial.

Finalmente, es necesario recuperar aquellas investigaciones que cumplen con los presupuestos jurisprudenciales y normativos que asignan la competencia en la Justicia Penal Militar y Policial, y se encuentran en este momento en la jurisdicción ordinaria, esto es un imperante, una obligación legal que viene implícita en el artículo 1 de la Ley penal militar, los soldados y policías que cumplen su función y esperan una resolución del asunto claman por esa intervención, es en el seno de la justicia militar donde se debe encontrar la definición de su situación jurídica, si es del caso, aplicar las sanciones previstas en la ley para las conductas que se salgan de los linderos normativos, ello debe ser la prioridad, lo natural, el deber ser en torno a la protección del fuero militar.

Para lograr lo anterior, se debe identificar que conductas se han presentado en la unidad que tiene bajo

su jurisdicción y aun están en la justicia ordinaria, bien porque existe duplicidad en la actuación o porque nunca llegaron a su conocimiento, a partir de allí, ordenar las inspecciones judiciales pertinentes y con base en argumentos lógicos, jurídicos, jurisprudenciales y normativos, solicitar la investigación, esta actuación se puede surtir de oficio o a petición de parte, lo importante es intentar su recuperación, la justicia militar debe velar por atender a sus clientes naturales, a los aforados militares y policiales, es un deber histórico en el cual no se puede decaer, el juez penal militar debe comprender que si no realiza esta actuación, seguramente cada día mas será relegado por la jurisdicción ordinaria.

Las anteriores herramientas no son desconocidas por los servidores de la Justicia Penal Militar y Policial, tampoco lo es la problemática aquí evidenciada, no se trata entonces de innovar o descubrir lo ya evidente, lo que se pretende simplemente es realzar el papel determinante que tiene el juez instructor en la preservación del fuero militar, institución que nace con el Estado colombiano, que contribuye a garantizar el cumplimiento de la misión constitucional, que siempre ha permanecido en el seno de la institucionalidad, que ha sido objeto de ataque y controversia generalmente producto de la ignorancia y la manipulación sesgada de la información.

Señores jueces, si no contribuimos en la preservación de esta institución, si no hacemos notar el papel determinante de nuestra función, la importancia de nuestra jurisdicción en el seno de la organización militar o policial a la cual servimos, probablemente estaremos contribuyendo a nuestra propia extinción, para qué una justicia militar si no administra justicia, por qué mantener una estructura jurisdiccional sino se toman decisiones prontas, probas y oportunas, el futuro de la Jurisdicción Especializada esta sin duda en nuestras manos, cumplamos la función, hagamos respetar la ley y sobretodo preservemos el fuero militar, ello debe ser el principal compromiso que debe asumir el operador judicial.

“La probabilidad de perder en la lucha no debe disuadirnos de apoyar una causa que creemos que es justa”. Abraham Lincoln

## El Derecho a recurrir los fallos condenatorios establecido en la convención americana sobre Derechos Humanos: imperativo de incompleta aplicación en los procesos penales adelantados en Colombia

Teniente Luis Alberto Correa, Juez 166 de Institución Penal Militar



*“La inocencia no encuentra protección en la culpabilidad”.*

(François de La Rochefoucauld)

El artículo 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de las garantías judiciales mínimas de toda persona inculpada de un delito, consagra en el literal h) del numeral 2.º el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, el cual se traduce en la posibilidad de interponer un recurso contra una sentencia condenatoria antes de que quede firme y adquiera la condición de cosa juzgada.

Con fundamento en lo anterior, la Corte IDH ha explicado que este derecho consiste en *“(...) una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica (...)”*<sup>1</sup>. Este principio tiene como objetivo proteger el derecho de defensa, otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar la ejecución de una sanción rodeada de vicios y errores que terminarían perjudicando indebidamente los intereses de una persona.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8.2.h en diversas sentencias emitidas al resolver de fondo casos contenciosos en los

que se ha ventilado el tema, a partir de las cuales puede extraerse el contenido convencionalmente protegido del derecho consagrado en la norma en mención. Para el efecto puede tomarse como referente el caso “Mohamed vs. Argentina”<sup>2</sup>, cuyos pronunciamientos en esta materia contaron con una notoria influencia y cimentación en las consideraciones expuestas en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sin embargo, considero apropiado en esta oportunidad citar la primera, pues condensa sus principales características, las que posteriormente fueron reproducidas literalmente en el caso “Mendoza y otros contra Argentina”<sup>3</sup>, indicándose que tal recurso debe tener las siguientes calidades:

- **Ordinario:** se debe garantizar que su ejercicio pueda lograrse respecto a toda sentencia antes de que haga tránsito a cosa juzgada; por virtud del mismo, un juez o tribunal superior puede revisar integralmente las decisiones adoptadas por uno inferior, en especial las cuestiones objeto de inconformidad, correspondiendo así a un mecanismo de control jerárquico latente que posibilita la corrección de una condena que contenga algún tipo de yerro.
- **Accesible:** sin mayores formalidades o restricciones que impidan la verdadera materialización de

<sup>2</sup> Cfr. Caso Mohamed vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 255, párr. 99.

<sup>3</sup> Cfr. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Serie C No. 260, párr. 244.

<sup>1</sup> Cfr. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 107, párr. 158.

este derecho, por lo cual los requisitos exigidos para su admisión deben ser mínimos, sin llegar a convertirse en obstáculos.

- **Eficaz:** no es suficiente la existencia formal del recurso; este implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; para ello debe constituirse como un medio adecuado que admita la corrección de una condena errónea.

La doble conformidad judicial conlleva la posibilidad de acudir a un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica; además, debe permitir realizar una revisión plena de todos los aspectos analizados en el fallo impugnado, lo que presupone la inclusión en el debate de cuestiones fácticas, probatorias o jurídicas, puesto que, como indica el alto Tribunal, *“(...) en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho (...)”*<sup>4</sup>.

Esta garantía que posee el individuo frente al Estado es independiente del sistema que sea adoptado para establecer la forma de acceder a los recursos y de la denominación brindada al medio de impugnación de la sentencia condenatoria. Lo importante es que el recurso cumpla con su finalidad encaminada a autorizar el examen y resolución de los agravios sustentados por el recurrente; ello otorga mayor solidez al acto jurisdiccional y de igual forma fortalece la protección de los derechos de los condenados.

Como aspecto merecedor de atención, máxime si tenemos en cuenta la relevancia del debate para muchos otros ciudadanos y Estados de la región, es pertinente indicar que en el caso “Liakat Ali Alibux vs. Suriname”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo un recuento en derecho comparado, con el fin de precisar el alcance y contenido del derecho a recurrir el fallo aplicado a altas autoridades, refiriéndose al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y a la

<sup>4</sup> Cfr. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Párr. 245.

práctica en la materia de diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), donde se han tomado distintas alternativas para garantizar este recurso; pero en conjunto la doble conformidad judicial expresada mediante la impugnación del fallo condenatorio ha sido reconocida por todos estos sistemas jurídicos, aunque con algunas variantes<sup>5</sup>.

De las fuentes referenciadas en el párrafo precedente resulta significativo destacar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló en la Observación General No. 32 que *“El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto”*<sup>6</sup>.

Vemos alrededor de la disposición transcrita que esta guarda consonancia con la norma del Sistema Interamericano analizada en el presente documento; en ambas, como se aludió anteriormente, los Estados poseen cierta libertad para configurar en su ordenamiento interno la forma de ejercer el recurso, pero esa libertad no puede desconocer la esencia del derecho.

Incluso, el Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con

<sup>5</sup> Cfr. Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Serie C No. 276, párrs. 89 a 99.

<sup>6</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, U. N. Doc. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 47, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf>.



la Convención Americana; sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio. En el caso “Barreto Leiva vs. Venezuela” se plantea que ello así sería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estuviese a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación correspondería al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso<sup>7</sup>.

Sobre la regulación en el ordenamiento jurídico colombiano del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, es pertinente anotar que la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014 concluyó que se configuró una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004, indicándose como fundamento principal que “(...) la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que el juez de primera instancia absuelve el condenado y el juez de segunda instancia revoca el fallo anterior e impone por primera vez una condena (...)”. Por esta razón, la corporación declaró la constitucionalidad condicionada de los correspondientes preceptos, por la falta de previsión de un elemento que debía estar presente en ellos, en el entendido de que el elemento omitido se entiende incorporado a los respectivos enunciados legales; por ello dispuso la introducción del elemento normativo omitido en los preceptos que adolecen del déficit legislativo<sup>8</sup>.

Como consecuencia de ello, la Corte declaró la inconstitucionalidad, aunque con efectos diferidos a un (1) año, de los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, por cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias. Sin embargo, a su vez declaró la exequibilidad de los preceptos anteriores en su contenido positivo por los cargos analizados; exhortó al Congreso de

<sup>7</sup> Cfr. Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 206, párr. 90.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C-792 de 2014, emitida el 29 de octubre de 2014, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez, números 8.8 y 8.9.

Foto tomada de: [http://static.wixstatic.com/media/952b60\\_963707e8a07f49c085bfd064ca950c37~mv2\\_d\\_4184\\_2544\\_s\\_4\\_2.jpg](http://static.wixstatic.com/media/952b60_963707e8a07f49c085bfd064ca950c37~mv2_d_4184_2544_s_4_2.jpg)

la República para que regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias que en el marco de un proceso penal imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia como en juicios de dos instancias; previendo que en caso de que el legislador incumpla el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de los referidos fallos ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

En términos generales, considero adecuados los razonamientos efectuados por la Corte Constitucional, pues estableció el contenido convencionalmente protegido del derecho a recurrir la sentencia condenatoria, para finalmente ordenar la adecuación del ordenamiento interno, dando cumplimiento a la obligación que deriva del artículo 2.º de la Convención Americana de Derechos Humanos; máxime si se tiene en cuenta que, como se indicó en la sentencia de constitucionalidad examinada, la Ley 906 de 2004 no otorga un recurso semejante, sino únicamente herramientas procesales de alcance y utilidad reducida, como el recurso extraordinario de casación, la acción de tutela contra providencias judiciales o la acción de revisión, que no dan lugar a un nuevo examen integral del caso, sino únicamente al análisis del fallo judicial atacado por el condenado a partir de un conjunto cerrado y limitado de vicios establecidos previamente en el derecho positivo<sup>9</sup>.

Ese razonamiento resulta alineado incluso con diversos pronunciamientos realizados por el Comité de Derechos Humanos, como por ejemplo en la Comunicación 701/1996, emitida en el caso *Cesario Gómez Vásquez c. España*, en la cual declaró la responsabilidad del Estado por la transgresión del artículo 14.5 del PIDCP, donde la revisión de la providencia en sede de casación versó sobre aspectos meramente formales y normativos, y excluyó de plano el análisis de los hechos y de las pruebas con fundamento en los cuales se declaró la responsabilidad penal, pese a que el condenado cuestionó todos estos elementos del fallo. Al respecto, el Comité sostuvo lo siguiente: “(...) la inexis-

tencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”<sup>10</sup>.

La previamente aludida decisión de la Corte Constitucional tuvo como fundamentos normativos el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adicionalmente, entre los amplios argumentos aludidos por la Corte en la parte considerativa, se refieren algunas sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras disposiciones y pronunciamientos realizados en el ámbito internacional. Sin embargo, la Corte Constitucional no construyó el parámetro de convencionalidad o, por lo menos, no lo hizo de manera expresa.

Debe recordarse que el control de convencionalidad es un mecanismo de control judicial que exige verificar la adecuación del derecho interno conforme a las disposiciones establecidas en un tratado internacional, particularmente en el momento de su aplicación en un caso concreto. Es de resaltar que las disposiciones convencionales poseen fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico interno<sup>11</sup>; en Colombia, ello se funda

<sup>10</sup> Además de la comunicación citada, sobre este tema también se pronunció el Comité de Derechos Humanos a través de las comunicaciones 623 a 627/1995 en el caso *Domukovsky y otros c. Georgia*; Comunicación 1156/2003, *Pérez Escolar c. España*; Comunicación 662/1995, *Lumley vs. Jamaica*; Comunicación 802/1998, *Rogerson c. Australia*, entre otras.

<sup>11</sup> El artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José en Costa Rica luego de celebrada la Conferencia Especializada Interamericana del 7 al 22 de noviembre de 1969, establece que “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”, compromiso que los Estados deben acatar de buena fe, de conformidad con el principio básico de responsabilidad internacional *pacta sunt servanda*, por virtud del cual “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido*”

<sup>9</sup> Sentencia C-792 de 2014, numeral 5.

en la existencia del bloque de constitucionalidad derivado del contenido del artículo 93 de la Carta Política, el cual confiere a los tratados de derechos humanos una prevalencia en el orden interno.

Se observa que la Corte Constitucional no se centró exclusivamente en realizar un control de convencionalidad de las normas demandadas frente a la Convención Americana de Derechos Humanos, pues no realizó estrictamente un análisis de compatibilidad con las disposiciones aplicables de ese instrumento (en este caso el artículo 8.2.h) junto con las interpretaciones dadas por la autoridad con competencia para hacerlo, como lo es la Corte IDH a través de las sentencias que resuelven casos similares, como serían los casos “*Mohamed vs. Argentina*”, “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”, “*Barreto Leiva vs. Venezuela*”, “*Mendoza y otros vs. Argentina*”, así como “*Liakat Ali Alibux vs. Suriname*”, para construir así el parámetro de control, de modo que se establezcan de forma precisa las fuentes que orientarían el estudio, a efectos de realizar un adecuado control de convencionalidad que cobijara íntegramente todas las aristas del debate.

Se relacionan los casos antes señalados puesto que las consideraciones hechas al resolverse estos complementan el texto de la Convención y, como se explicará más adelante, pese a constituirse en un avance significativo, en la sentencia de constitucionalidad analizada no se soluciona cabalmente el problema. De haberse examinado de fondo y con mayor grado de vinculatoriedad las sentencias de la Corte IDH, se hubiese podido adoptar una decisión más completa que propendiera a alinear apropiadamente el ordenamiento interno

*por ellas de buena fe*” (artículo 26, Sección Primera <Observancia de los tratados> – Parte III, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969). Vale recordar que Colombia es Estado Parte en la Convención desde el 31 de julio de 1973; más tarde, el 21 de junio de 1985, presentó un instrumento de aceptación en el cual se indica expresamente que reconoce la competencia contenciosa de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.

a los compromisos asumidos a partir de la ratificación de la Convención.

Aunque la Corte Constitucional apoyó gran parte de su decisión en el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos y además refirió algunos casos relacionados con el asunto examinado, no aludió expresamente al carácter vinculante del parámetro de control; pareciera que hace mención de ello simplemente como referente o como argumentos adicionales para explicar sus planteamientos, restando importancia a la obligación de las autoridades judiciales de realizar control de convencionalidad.

Adicionalmente, considero que la fórmula diseñada por la Corte en la parte resolutive de la sentencia C-792 de 2014 no satisface en su totalidad el derecho consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención, por cuanto dispone que en el evento de no ser regulado por el Congreso en el término de un año, se entendería que “(...) *procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena*”, pasando por alto que existe la posibilidad de dictarse un fallo condenatorio por una corporación que no posee superior jerárquico, entendido bajo el cual se desconocería el carácter “ordinario” del recurso, cuya posibilidad debe encontrarse presente respecto a todas las decisiones independientemente del nivel de la autoridad judicial que profiere el acto inculminatorio, como se sustentará en la respuesta a la pregunta siguiente.

Como se anunció anteriormente, a pesar de que en la parte resolutive del fallo citado se conmina al legislador para que realice ciertas modificaciones normativas con miras a procurar la compatibilidad de las ritualidades penales en el marco de nuestro ordenamiento jurídico interno con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y con la Constitución misma, considero que esta providencia aún deja algunos problemas sin resolver, ello sin menospreciar el avance obtenido en la materia, la cual es ventilada en esa oportunidad de forma específica por primera vez por parte de la Corte Constitucional.

Aunque el pronunciamiento se refiere a la regulación de todas las sentencias condenatorias, incluidas las proferidas en el marco de juicios penales de única instancia, previendo que en caso de que el legislador incumpla el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de los referidos fallos ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena; ello no determina cómo se procedería para impugnar las decisiones adoptadas por órganos judiciales que no poseen superior jerárquico, como es el caso de la Corte Suprema de Justicia, lo cual en estos eventos haría nugatoria la exigencia de la doble conformidad judicial, debido a que la providencia inculpativa no es revisada por un órgano superior.

Es importante insistir en que el derecho en cuestión opera independientemente del nivel de la autoridad que dicta la decisión judicial, pues tal derecho no precisa la prerrogativa únicamente contra providencias proferidas por algunos jueces o tribunales en específico, ya sea en primera, segunda o única instancia, toda vez que la Convención Americana de Derechos Humanos no previó excepciones (diferente a lo plasmado en el Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [CEDH], donde en el inciso 2.º del artículo 2.º establece expresamente unas excepciones al derecho a recurrir el fallo, entre ellas cuando el interesado es condenado en primera instancia por el más alto tribunal). En este orden de ideas, la potestad se establece no en función de la etapa en la cual se produce la decisión judicial, sino en función del contenido de tal determinación, por lo que también puede ejercerse en contra de los fallos condenatorios de única instancia.

Por otra parte y como argumento adicional, la mera exhortación realizada por la Corte al Congreso no es suficiente para resolver el problema, pues a la fecha ya transcurrió el tiempo fijado para regular el tema sin que se haya producido la modificación legislativa requerida y, pese a haberse previsto una fórmula ante la inoperancia del Congreso, dicho pronunciamiento no es suficiente para garantizar plenamente el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, por cuanto no existen lineamientos precisos para el ejercicio del

recurso en la práctica judicial, por lo que podría concluirse que en la práctica aún no se ha solucionado el problema.

Como corolario de lo anterior, si bien es cierto la libertad de configuración legislativa es una facultad que posee el Congreso para regular mediante ley los asuntos de su competencia, la Corte Constitucional por medio de la sentencia estudiada le imparte la orden de regular el derecho, pero no le suministra la solución que podría implementar para regularlo, muy a pesar de que en su parte considerativa se exponen las razones que motivaron la decisión, no se le aportan al legislativo opciones posibles que permitan la implementación en la práctica colombiana de esa facultad de cuestionar la decisión judicial condenatoria.

La Corte IDH en el caso “Liakat Ali Alibux vs. Suriname” sí realizó una consolidación de distintas fórmulas jurídicas enfocadas a garantizar el derecho a recurrir el fallo cuando no existe una instancia superior al máximo órgano que pueda hacer una revisión íntegra del fallo condenatorio, las cuales han sido implementadas por algunos Estados de la región miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), enunciando las siguientes prácticas<sup>12</sup>:

- a) Cuando una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es la que juzga en primera instancia, para que luego su pleno sea la instancia que revise el recurso interpuesto.
- b) Cuando una determinada Sala de la Corte Suprema juzga en primera instancia y otra Sala, de distinta composición, resuelve el recurso presentado.
- c) Cuando una Sala conformada por un número determinado de miembros juzga en primera instancia y otra Sala conformada por un número mayor de jueces que no participaron en el proceso de primera instancia resuelva el recurso. 🗳️

<sup>12</sup> Cfr. Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014. Párr. 98.

## Referencias Bibliográficas

ANGEL, H. L. (2009). *Las víctimas invisibles y el conflicto en Colombia*. Huygens Editorial.

BECCARIA, C. (1764). *De los delitos y las penas*. Madrid: Zica.

Cartilla Código Nacional de Policía y Convivencia – Oficina de Planeación- Dirección General de la Policía Nacional.

Cartilla Interactiva Departamentos y Municipios Seguros DMS- Policía Nacional 125 años.

Consejo, Expedientes acumulados núms. 2009-00196 y 2008-00025-00. (Consejo de Estado 15 de noviembre de 2012).

Constitución Política de Colombia 1991.

CORREA, C. (2014). *Terrorismo, Justicia Transicional y Grupos Vulnerables*. (J. D. PORRAS, Ed.) Madrid: DYKINSON, S.L. Melendez Valdez.

Corte Constitucional, C-577 (Corte Constitucional C-577/2014).

Corte Constitucional, C-579 (Corte Constitucional C-579/2013).

Corte Constitucional, Sentencia C-715 (Corte Constitucional C-715/2012).

FERRE OLIVE, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA Paula Andrea. *Derecho Penal Colombiano Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*. Grupo Editorial Ibáñez.

GARCÍA Duarte, R., JIMENEZ Becerra, A., & WILCHES Tinjacá, J. (2012). *Las Víctimas entre la Memoria y el Olvido*. Bogotá D.C.: Universidad Distrital U.D.

HASSEMER Winfried, *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*. En varios autores Pena y Estado, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995.

JAKOBS, Gunter. *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Editorial, Ad Hoc, primera edición, 1999.

JAKOBS, Gunter. *Sobre la Teoría del Derecho Penal del Enemigo*. Editorial Temis, en Varios Autores Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania, 2012.

JAKOBS, Gunter. *Fundamentos y Determinación de la Conducta no Permitida*. Editorial Temis, en Varios Autores Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania, 2012.

KAUFMANN, A. (2014). *La filosofía del derecho en la postmodernidad*. Bogotá D.C.: Temis S.A.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*.

Ley 522 de 1999 Código Penal Militar.

Ley 599 de 2000 Código Penal.

Ley 1407 de 2010 Código Penal Militar.

Ley 1801 de 29 julio de 2016 “Por la cual se expide el código nacional de policía y convivencia”.

LUQUE, T. J. (2009). *El Observatorio del Conflicto. Una forma de observar la memoria de las víctimas invisibles*. Huygens Editorial.

PRITTWITZ, Cornelius, *La Función del Derecho Penal en la Sociedad Globalizada del Riesgo*. (Defensa de un Rol necesariamente Modesto). Editorial Temis, en Varios Autores Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania, 2012.

ROXIN, Claus, Sobre la más reciente discusión acerca del dominio de la organización. Editorial Temis, en Varios Autores Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania, 2012.

SANCHEZ, Herrera Esiquio Manuel. La Dogmática de la Teoría del Delito, Evolución Científica del Sistema del Delito. Monografías de derecho penal número 16. Universidad Externado de Colombia.

Sentencia C084 (Corte Constitucional 24 de febrero de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-084-16.htm>

SHEERER, Sebastián. La Función del Derecho Penal en la Sociedad Globalizada del Riesgo, “Defensa

*de un Rol Necesariamente Moderado*”. Sobre la más Reciente Discusión Acerca del Dominio de la Organización. Editorial Temis, en Varios Autores Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania, 2012.

TRIBUNAL Superior Militar, Segunda sala de decisión, Rad 156453, 22 de abril de 2010, MP. TC. Fabio Enrique Araque Vargas.

TRIBUNAL Superior Militar, Cuarta sala de decisión, Rad 156500, 25 de mayo de 2010, MP. TC. Camilo Andrés Suarez Aldana.

VELÁSQUEZ V., Fernando. Derecho Penal. Parte General. 4 ed. Librería jurídica con libros. 2009



[www.justiciamilitar.gov.co](http://www.justiciamilitar.gov.co)

**Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar**

Carrera 10ª No. 26-71

Edificio Residencias Tequendama Torre Sur - Piso 9º

Centro Internacional Tequendama

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