

# JUSTICIA PENAL MILITAR

COLOMBIA

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



Edición No. 9

Mayo de 2009

ISSN 1909 - 4906

www.justiciamilitar.gov.co

Rescatando el valor  
de la **JUSTICIA**

## **Dirección General**

**Luz Marina Gil Garcia**

Directora Ejecutiva Justicia Penal Militar

## **Asesoría Jurídica**

**CN. Carlos Alberto Dulce Pereira**

Vicepresidente Tribunal Superior Militar

**Blanca Cecilia Mora Toro**

Asesora Jurídica Dirección Ejecutiva

## **Dirección de Arte**

**Lilian Polania Orjuela**

Comunicaciones Justicia Penal Militar

## **Corrección y Estilo**

**Ferney Díaz Castañeda**

Comunicador Social y Periodista

## **Fotografía**

**Archivo Justicia Penal Militar**

**Javier Casella Escobar**

## **Diseño y Diagramación**

**Rasgo y Color**

**[www.rasgoycolor.com](http://www.rasgoycolor.com)**

**Tel.: 2400 495**

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



# C Contenido

■ ■ ■	Estamos rescatando el valor de la justicia	2
■ ■ ■	La responsabilidad de administrar justicia	5
■ ■ ■	Los tipos penales militarizados, un nuevo reto	8
■ ■ ■	Defensoría Técnica para la Fuerza Pública	13
■ ■ ■	La Justicia Penal Militar frente a los delitos contra la administración pública	20
■ ■ ■	Criterios de justicia de la guerra	27
■ ■ ■	Hacia una nueva dogmática del derecho penal militar	32
■ ■ ■	El derecho operacional, herramienta de legitimidad de las Fuerzas Militares	36
■ ■ ■	El uso de la fuerza en la jurisprudencia de la Corte Interamericana Derechos Humanos	39
■ ■ ■	El miedo insuperable como causal de ausencia de responsabilidad en el Código Penal Militar	45
■ ■ ■	El subrogado de la libertad condicional en el Código Penal Militar en la Ley 111 de 2006	50

# Estamos rescatando EL VALOR DE LA JUSTICIA

**JUAN MANUEL SANTOS**

*Ministro de Defensa Nacional*

**P**ara alcanzar el anhelado sueño de los colombianos de restablecer la tranquilidad y la paz en todo el territorio nacional, no sólo es necesario derrotar a los grupos alzados en armas sino que es fundamental rescatar el valor de la justicia en la sociedad y garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso a ella, a la verdad y a la reparación de los derechos que le han sido vulnerados.



Sólo una correcta aplicación de justicia borra el rencor de los pueblos y permite la sostenibilidad de la paz. Por esta razón, no pueden ahorrarse esfuerzos para optimizar los sistemas de administración de justicia.

En la Política de Consolidación de la Seguridad Democrática, y desarrollando las premisas anteriores, emprendimos la renovación y reforma de la Justicia Penal Militar como tema prioritario, apuntando a que logremos consolidar un sistema adecuado que responda a las necesidades de la Fuerza Pública y a los estándares de las Cortes Nacionales e Internacionales.

En este proceso de renovación y reforma de la justicia castrense se han obtenido significativos avances que han marcado una nueva etapa para la Justicia Penal Militar. Estamos en un punto de la reforma que ya no tiene retorno y debo destacar el papel que en este proceso ha jugado la primera directora civil en su historia, la destacada abogada Luz Marina Gil, a la cabeza de esta jurisdicción.

De los cambios más importantes introducidos hasta el momento, vale la pena resaltar el fortalecimiento de la autonomía e independencia judicial que se refleja ya en un trascendental cambio cultural y un notable progreso en las relaciones interinstitucionales con los demás entes de control e investigación del Estado.

Así, durante el 2008, más de 300 casos fueron remitidos voluntariamente desde la justicia militar a la ordinaria, y recíprocamente, sin que se hayan causado conflictos de competencia sino, por el contrario, favorecido el impulso de las investigaciones en cada jurisdicción.

En esta misma línea, al inicio de la actual Legislatura, fue presentado al Congreso de la República el Proyecto de Acto Legislativo No. 04 de 2008, que tiene como objetivo la ubicación de la Justicia Penal Militar en la Rama Judicial del Poder Público. Esta iniciativa ya tuvo cuatro debates en la pasada legislatura y este año continúa su trámite en el Congreso.

En materia de prevención, se viene realizando un trabajo conjunto con los Comandos de Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional encaminado a disminuir el índice de conductas que podrían

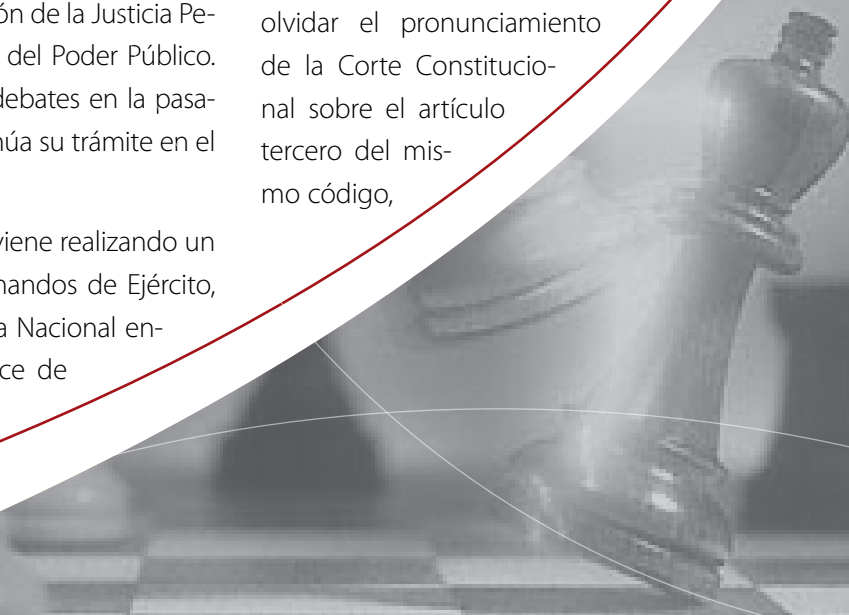
constituir delitos y/o faltas disciplinarias, como una forma efectiva de reducir la sobrecarga en los despachos judiciales, pero sobre todo fortalecer la transparencia y legitimidad de la Fuerza Pública.

No sólo es necesario derrotar a los grupos alzados en armas sino que es fundamental rescatar el valor de la justicia en la sociedad y garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso a ella, a la verdad y a la reparación de los derechos que les han sido vulnerados.

Como resultado de este esfuerzo, se han mejorado los procesos de incorporación del personal militar y policial; se están articulando programas de promoción y prevención en salud mental, clima organizacional y familiar, y están en desarrollo planes de capacitación en materia penal y disciplinaria dirigidos a todo el personal militar y policial.

La implementación del sistema penal acusatorio es el reto más grande que tiene esta jurisdicción para el 2010, y estamos en espera de que el Código Penal Militar, que fue aprobado en el Congreso, sea objeto de sanción presidencial.

En este escenario, no podemos olvidar el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el artículo tercero del mismo código,





Tengo la convicción de que este año avanzaremos de manera significativa en la implementación del Sistema Penal Acusatorio para que, en un tiempo no muy lejano, contemos con una Justicia Penal Militar, más moderna, más oportuna y sobre todo, más eficaz y con total credibilidad por parte no sólo de la comunidad nacional, sino también de la internacional.

contenido en la Sentencia C- 533/08, Magistrada Ponente : Clara Inés Vargas Hernández, mediante la cual realizó la revisión oficiosa de las objeciones presidenciales presentadas al proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara "Por la cual se expide el Código Penal Militar": En esta providencia el alto tribunal hace énfasis en el alcance del fuero penal militar y específicamente en la precisión de los delitos no relacionados con el servicio por ser conductas abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública.

Por otro lado, también quiero destacar el acucioso trabajo que la Justicia Penal Militar viene desarrollando para la construcción y apropiación de sus valores institucionales, bajo la premisa de que los cambios y las transformaciones sólo perduran en el tiempo cuando se forjan dentro de un marco ético.

No puedo dejar de agradecer a la comunidad internacional por el apoyo y cooperación que ha brindado a la Justicia Penal Militar, en especial a través de los programas de entrenamiento y capacitación para sus jueces y fiscales, a quienes se les ha fortalecido en criterios y en autonomía judicial, al punto de que hoy son pocos los casos de la Justicia Penal Militar que han sido cuestionados.

Aspiro a que, así como reformamos el Ministerio de Defensa en todos los frentes, así como ya trabajamos en equipo las Fuerzas Militares y la Policía, la opinión pública sienta que en este frente también hay acciones muy importantes de mejoramiento que, como lo dije al comienzo de este texto, nos llevarán a una pronta y cumplida justicia que es vital para alcanzar la necesaria paz que queremos y anhelamos todos los colombianos.

Estoy seguro del entusiasmo y tenacidad con que se desempeñarán los jueces militares en esta nueva etapa. Los soldados de tierra, mar y aire, y los policías, podrán estar seguros de que se respetarán sus derechos y de que, al final, brillará la justicia, inmaculada y serena.

¡Nada menos esperamos de la Justicia Penal Militar de Colombia!

Vale la pena resaltar el fortalecimiento de la autonomía e independencia judicial que se refleja ya en un trascendental cambio cultural y un notable progreso en las relaciones interinstitucionales con los demás entes de control e investigación del Estado.

# La responsabilidad de

# ADMINISTRAR JUSTICIA

**LUZ MARINA GIL GARCÍA**

*Directora Ejecutiva Justicia Penal Militar*

**H**onroso mandato el que hace la Constitución Política de Colombia a la Justicia Penal Militar, cuando en su artículo 116, la incluye dentro de los órganos del Estado Social de Derecho que administran justicia y por lo tanto le confía la responsabilidad de juzgar.

En los Estados democráticos la administración de justicia motiva a la reflexión sobre el funcionamiento político y el marco jurídico o de funcionamiento de las instituciones y de la sociedad; la Justicia Penal Militar impacta de manera especial a la Fuerza Pública, a tal punto, que es la clave no sólo de la explicación de su misión constitucional y legal, sino de su legitimidad; los hechos delictivos siempre causan daño, pero si son cometidos por miembros de la Fuerza Pública, se acrecienta la ofensa.

Los hechos delictivos atribuidos a miembros de la Fuerza Pública, ofenden y lesionan la disciplina y el honor institucional, pero sobre todo la dignidad humana de los seres que la integran y de la sociedad que confía en ella. La prevención de estos hechos y las investigaciones adecuadas, prontas y eficaces, condicionan el logro de “operaciones, eficientes, contundentes y transparentes”, a las que se refiere el Comandante General de las Fuerzas Militares, señor General Freddy Padilla de León, cuando describe la misión institucional.

Si la administración de justicia, valida la transparencia de las operaciones militares y de los procedimientos policiales, las decisiones, juicios e imputaciones de los operadores judiciales, para ser justas, deben ser conformes

con los principios y valores institucionales, de tal manera que como producto del quehacer militar o policial, cada uno de los integrantes de la Fuerza Pública, reciba lo que le corresponde de acuerdo con su dignidad humana y con el respeto que haya brindado a la dignidad de los ciudadanos, en especial a sus derechos y libertades públicas.



La responsabilidad es un principio general constitucional, cuyo alcance se encuentra descrito en los artículos 6, 90 y 124 del Mandato Superior. El respeto por este principio se exige con mayor rigor a los órganos encargados de administrar justicia, en consideración al protagonismo e importancia que para la protección de los derechos y libertades ciudadanas, tiene esta función pública. Es un principio democrático que implica la rendición de cuentas o asunción de las consecuencias derivadas del ejercicio de las funciones judiciales en el marco jurídico que les rija.

La Justicia Penal Militar como integrante del sistema de administración de justicia en Colombia es responsable de que tanto la sociedad como la institución militar y policial, obtenga en sus decisiones la realización del ideal de justicia, alcanzada en el marco de los principios de independencia, imparcialidad y sumisión exclusiva del juez a la ley. En todo caso, la administración de justicia como

actividad humana encuentra su base insuperable en los principios y valores morales y éticos de sus operadores; la honestidad del juez, no se sustituye con conocimiento. La inmunidad a la corrupción debe ser total. El soborno, la presión, el halago, la amenaza a los jueces, constituyen un atentado a la vigencia del Estado de Derecho.

La superioridad jerárquica en la administración de justicia, sólo tiene vigencia en aspectos administrativos o funcionales; el binomio independencia-responsabilidad asegura la sujeción del juez a la ley, de tal forma que la responsabilidad es el límite de la independencia judicial y viceversa. Este sistema de contrapesos, pero sobre todo la armonización entre estos dos principios, son fuente de confianza en la administración de justicia, por parte de los ciudadanos. Por lo tanto, los operadores de la Justicia Penal Militar son responsables de alcanzar estos estándares de legalidad y legitimidad.

Las garantías judiciales de los investigados y el derecho de las víctimas deben tener un espacio indiscutible y cierto, en la Justicia Penal Militar. El derecho de la presunción de inocencia no es una mera constancia procesal; mientras no exista una sentencia condenatoria, la persona debe ser tratada como tal, con respeto y consideración plena a su condición y dignidad humana. El derecho de defensa, es un principio protector de la libertad individual que privilegia e impone el derecho de toda persona de ser oída y vencida en juicio por un juez competente, la libertad para declarar y el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

La Justicia Penal Militar, es responsable de garantizar desde la investigación, la participación de la víctima y los perjudicados con el hecho punible; si bien su intervención en el proceso penal militar es facultativa, no puede negarse; el protagonismo del ser humano en nuestra Constitución reclama del administrador de justicia, la protección efectiva del derecho a la verdad y a la reparación.



Los funcionarios judiciales son responsables de que la Justicia Penal Militar se administre, de manera pronta, eficaz y sin dilaciones injustificadas; favoreciendo de esta manera el acceso a la justicia de todos los integrantes de la Fuerza Pública, entendido como la posibilidad de ver resuelto en corto tiempo el motivo que lo lleva a un estrado judicial y por lo tanto de recobrar la confianza en los procedimientos jurídicos. En todo caso las garantías judiciales se predicán en igualdad de extensión y connotación para sindicatos y víctimas. El plazo en los procesos es un límite a los poderes del juez; su vencimiento injustificado es el comienzo de su responsabilidad.

Los operadores de Justicia Penal Militar son responsables de construir y enriquecer el derecho judicial penal militar. Aunque tradicionalmente el derecho penal militar ha sido legislado, ante su insuficiencia y limitación, es responsabilidad de todos los jueces, pero en especial del Tribunal Superior Militar, dar vía a este “nuevo derecho”, mediante líneas jurisprudenciales que precisen y especifiquen las posiciones y consecuencias en el sistema jurídico de la misión militar y policial, así como de sus prácticas y ocupaciones (doctrina militar y policial), que aunque poco codificadas (derecho operacional), hay necesidad de caracterizar en los estrados judiciales para garantizar certeza y seguridad jurídicas a la Fuerza Pública y a la sociedad.

El paso del sistema inquisitivo a un sistema penal oral acusatorio, le permite a la Justicia Penal Militar integrarse a la política criminal del Estado, con el fin de garantizar la efectividad y protección de los derechos y libertades establecidos en la Constitución Política, para todos los ciudadanos.

Durante estos dos últimos años el señor Ministro de Defensa Nacional, el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes del Ejército, la Fuerza Aérea, la Armada Nacional y el Director General de la Policía Nacional de Colombia, han realizado sus mejores esfuerzos administrativos para proporcionar a los operadores de la Justicia Penal Militar, los recursos y medios necesarios para alcanzar los estándares de oportunidad, celeridad y calidad, que todos los colombianos esperan de la Justicia Penal Militar.

El personal de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar ha puesto al servicio de los operadores de la Justicia Penal Militar su trabajo profesional y abnegado con el propósito de facilitarles los apoyos logísticos que su labor exige.

Quienes integramos la Justicia Penal Militar somos responsables de corresponder honestamente al honor de administrar justicia en los términos del artículo 116 de nuestra Carta Superior y en especial, de hacer realidad los mínimos universales de justicia que la transversalizan, integrados por el respeto a la dignidad y los derechos fundamentales de todos los intervinientes e interesados en el proceso y de la sociedad en general.



# Los tipos penales militarizados

## UN NUEVO RETO

*Capitán de Navío CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA*

*Vicepresidente Tribunal Superior Militar*

**E**n reciente pronunciamiento la honorable Corte Constitucional al conocer mediante la revisión oficiosa de las objeciones presidenciales presentadas al Proyecto de Ley 118/06 Senado, 144/05 Cámara “Por el cual se expide el Código Penal Militar” hizo un importante pronunciamiento en materia del alcance del Fuero Penal Militar, no sólo en materia de conservar sus ya reiterados pronunciamientos de lo que constituyen los elementos centrales del fuero penal militar, bajo el entendido que los delitos que se investigan y sancionan a través de la jurisdicción castrense no pueden ser ajenos a la órbita funcional de la Fuerza Pública, resultando como justiciables por ésta, únicamente los que cometan los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan relación con el mismo servicio, es decir, los que se derivan según la Corte, directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley o los reglamentos les han asignado, sino también sobre los delitos militarizados como parte del fuero militar<sup>1</sup>.”

En igual sentido el alto Tribunal ha señalado que la expresión “servicio” alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares, defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, y de

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-533, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 28 de mayo de 2008.

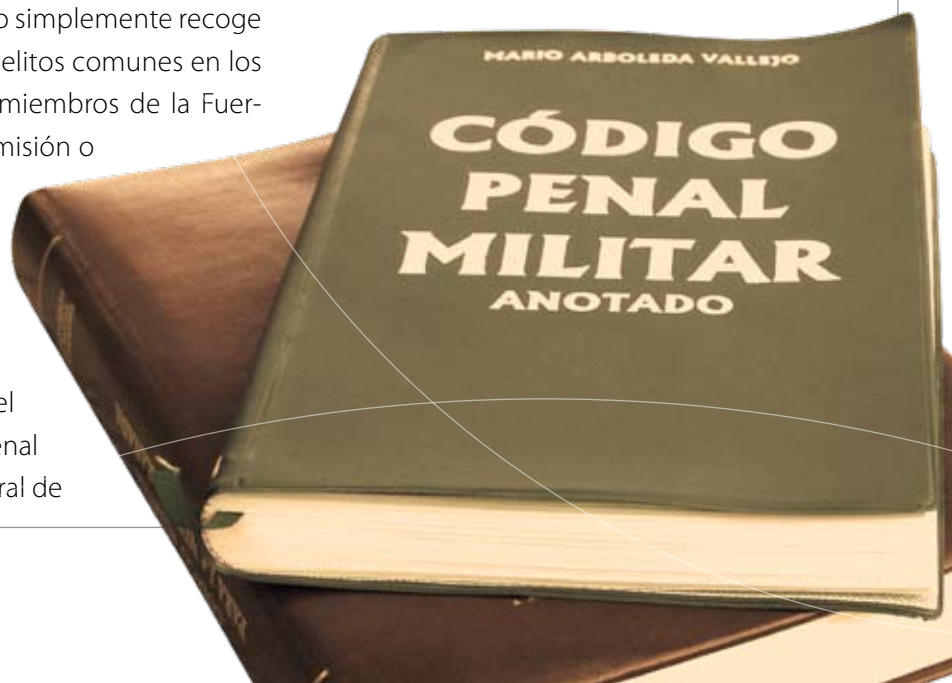
la Policía Nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

Sin embargo, como lo indica su jurisprudencia, no todos los actos de los miembros de la Fuerza Pública pueden quedar comprendidos dentro del fuero castrense, para efectos de preservar la especialidad penal militar es imperativo distinguir a qué actos u omisiones se les debe imputar como ciudadanos ordinarios y cuáles pueden atribuírseles como miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo.

Este antecedente jurisprudencial sin lugar a dudas constituye el soporte para tratar la temática de éste artículo, pues precisamente ha sido la misma Corte Constitucional desde su sentencia C-445 /98 la que ha establecido que el Código Penal Militar en su artículo 14 (Decreto 2550/88) establecía que esta ley se aplicaría a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio (hoy artículo 2º Ley 522/99), razón por la cual ha considerado que el Código Penal Militar no sólo consagra hechos punibles de índole militar, sino que también hace el reenvío a determinados tipos penales previstos en la legislación penal ordinaria o simplemente recoge en su articulado ciertos delitos comunes en los que pueden incurrir los miembros de la Fuerza Pública, “al cumplir la misión o servicio que les ha sido asignado”, introduciendo regulaciones idénticas a las plasmadas en el Código Penal Ordinario, por esta razón, el reenvío a la legislación penal ordinaria o el traslado literal de

tipos penales comunes al Código Penal Militar deben tener como fundamento la “relación directa del supuesto criminal con la prestación del servicio militar o policial”, es decir, ha de tratarse de tipos penales comunes que admitan la eventualidad de que los miembros de la Fuerza Pública los violen al cumplir las misiones inherentes al servicio que prestan, pues la falta de esa estricta relación con el servicio conduciría a extender el fuero militar más allá de sus límites constitucionales, convirtiéndolo en una especie de privilegio estamental.

En el ámbito legal el Código Penal Militar se infiere que la Justicia Penal Militar tiene competencia para conocer de las infracciones típicamente militares, de los delitos comunes (art. 195 C.P.M), así como delitos comunes militarizados (caso peculado por extensión) donde los tipos penales comunes se incorporan al Código Penal Militar pero variándolos mediante la consagración de algunos elementos o circunstancias, “con el objeto de adaptarlos al contexto de la función militar o policial”, en cuyo caso y al igual que tratándose de los delitos típicamente militares, tanto el elemento personal como el funcional son forzosamente estimados por el juez, habida cuenta de que la norma penal los involucra conjuntamente. De esta forma, en el peculado por



extensión, la redacción del Código Penal Militar involucra elementos inherentes al servicio que presta la Fuerza Pública, estableciéndose así una diferencia con la regulación que del mismo delito tiene el Código Penal Común. Empero, el Código Penal Militar contiene además dos tipos penales de peculado que no obran en el ordinario y que, por ende, constituyen variaciones adoptadas al contexto de las funciones encomendadas a la Fuerza Pública: el peculado sobre bienes de donación y el peculado por demora en entrega de armas y municiones.

No todos los actos de los miembros de la Fuerza Pública pueden quedar comprendidos dentro del fuero castrense, para efectos de preservar la especialidad penal militar es imperativo distinguir a qué actos u omisiones se les debe imputar como ciudadanos ordinarios y cuáles pueden atribuírseles como miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo.

En el mismo sentido nos hallamos frente a los artículos 140 y 141 del Código Penal Militar de la injuria y la calumnia como delitos donde el bien jurídico tutelado es el Honor Militar y no contra la integridad moral que establece el Título V en sus artículos 220 y 221 del Código Penal Ordinario.

Es precisamente en este ámbito donde la Corte se pronunció recientemente fijando un alcance del fuero militar de mucho interés para el Derecho Penal Militar y en especial para la Justicia Penal Militar. Bajo este entendido, la Corporación Constitucional al conocer de las objeciones a los artículos 171, 172 y 173 del proyecto relacionado con los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia (Amenaza a Testigo, Ocultamiento,

Alteración o Desviación de Elemento Material Probatorio, Impedimento o Perturbación de la Celebración de Audiencias Públicas), afirmó que estas conductas hacen referencia a delitos contra la administración de justicia y en efecto el proyecto lo que hizo fue tomar tipos penales comunes y trasladarlos como tales al ámbito de lo que corresponde conocer a la Justicia Penal Militar, sin adecuarlos o incorporar elementos o circunstancias propias del servicio que presta la Fuerza Pública, o en relación con el mismo, y que resultan relevantes para su adecuada agregación al Código Penal Militar, razón por la cual las conductas

delictuales descritas en los artículos citados no tienen una vinculación directa con la prestación del servicio que corresponde a la Fuerza Pública, pues están por fuera de la órbita propia de la prestación del servicio militar al ser conductas relacionadas con el adelantamiento propio de los procesos penales, es decir, ajenas a las actividades concretas que corresponde realizar a la Fuerza Pública o en relación con la misma.

Alteración o Desviación de Elemento Material Probatorio, Impedimento o Perturbación de la Celebración de Audiencias Públicas), afirmó que estas conductas hacen referencia a delitos contra la administración de justicia y en efecto el proyecto lo que hizo fue tomar tipos penales comunes y trasladarlos como tales al ámbito de lo que corresponde conocer a la Justicia Penal Militar, sin adecuarlos o incorporar elementos o circunstancias propias del servicio que presta la Fuerza Pública, o en relación con el mismo, y que resultan relevantes para su adecuada agregación al Código Penal Militar, razón por la cual las conductas delictuales descritas en los artículos citados no tienen una vinculación directa con la prestación del servicio que corresponde a la Fuerza Pública, pues están por fuera de la órbita propia de la prestación del servicio militar al ser conductas relacionadas con el adelantamiento propio de los procesos penales, es decir, ajenas a las actividades concretas que corresponde realizar a la Fuerza Pública o en relación con la misma.

Sin embargo, la conclusión de mayor valía radica en considerar que en el plano normativo el legislador al configurar el Código Penal Militar, puede crear tipos penales ordinarios siempre y cuando tome en cuenta lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios del servicio militar o policial, es decir, los adapte al contexto de la función militar o policiva. De tal manera dice la Corte, el Código Penal Militar puede contener, en relación con el servicio: (I) tipos penales típicamente militares, siempre y cuando consideren las características propias del servicio militar y policial, y (II) tipos penales comunes, incorporándoles elementos y circuns-

tancias propias del servicio que presta la Fuerza Pública y que resulte relevante tomar en consideración para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas, convergiendo de esta manera los elementos personales y funcionales que integran la Justicia Penal Militar, adoptados al contexto de la misión o función militar o policiva.

En la misma decisión, la Corte al conocer de la supuesta inconstitucionalidad de los delitos contra la población civil que trae el mismo proyecto, consideró que las conductas a que alude el Código Penal Militar en los artículos 155, 156, 157, 158, 159 y 160 tienen elementos compositivos que difieren de la tipificación en el Código Penal Ordinario en el Título II, "Contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario", normas que por su descripción y elementos normativos, al contrario de lo que ocurre con los tres artículos anteriores (171, 172 Y 173), sí permiten en principio que puedan ser cometidos por miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, amparadas por el fuero militar, pues tienen elementos estructurales que hacen referencia a la relación con tales servicios, adaptándoles elementos propios del servicio militar o policial, para escenarios diferentes al del conflicto armado, por consiguiente, no tratándose de conflicto armado, la Justicia Penal Militar puede conocer de las conductas descritas en los artículos mencionados, única y exclusivamente si se demuestra el nexo directo y original con la misión propia del servicio militar o policial en los cuales el sujeto activo es calificado por la calidad del miembro de la Fuerza Pública, tipos penales a los cuales se les añade el elemento funcional que circunscribe la condición o hechos relacionados directamente con la función militar o policial que la Constitución Nacional, la Ley y los Reglamentos les han asignado.

Dos aspectos se resaltan en esta decisión de la Corte Constitucional en materia de la Justicia Penal Militar, la primera el reconocimiento que se hace de los reglamentos militares y policiales como esencia del fuero militar al lado de la Constitución y la Ley, al expresar en sus conclusiones: "El fuero militar cobija única y exclusivamente los



sólo crear tipos penales militares sino también modificar o incorporar los tipos penales ordinarios, siempre y cuando tome en cuenta los elementos estructurales que genuinamente tengan relación directa con los actos propios del servicio y se puedan adaptar al contexto de la función militar o policial. Corresponde entonces reflexionar en materia del fuero militar con el alcance que le da la Corte Constitucional a los delitos militarizados, para efecto de revisar de manera juiciosa, a qué delitos comunes se les puede dar estos elementos estructurales que los relacionen con el servicio. No se trata de trasladar los delitos del Código Penal Ordinario a la Legislación Penal Castrense, sino darles a dichos tipos penales, como indica la Alta Corporación, esos elementos y circunstancias propias del servicio y que resulten relevantes para tomar en consideración.

delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, es decir, cuando los mismos se derivan directamente de la función militar o policial que la Constitución, la Ley y los Reglamentos les han asignado”, de allí la importancia de actualizar nuestros manuales y reglamentos para ponerlos a tono con la Constitución, empeño en el cual se encuentran actualmente las oficinas de educación y doctrina de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Esta actualización es todavía más importante cuando los delitos típicamente militares son tipos abiertos o en blanco cuya remisión no es otra que a los reglamentos militares y policiales; y este es un esfuerzo grande que tiene que hacerse en aras de darle esa legalidad y legitimidad de las actuaciones de nuestra Fuerza Pública.

Este es el actual reto para fortalecer la Justicia Penal Militar, enriqueciendo la parte especial del Código Penal Militar con los delitos militarizados y los elementos normativos que generan precisamente esa relación directa con el servicio, estableciendo así el derrotero de nuestra Justicia Penal Militar con esta puerta que se abre para el Derecho Penal Militar.

Empero, además de los reglamentos, es importante el análisis de la Corte Constitucional respecto a los delitos militarizados y sus conclusiones en este sentido, dando la oportunidad para que el legislador en virtud a su potestad de configuración, puedan no

No se trata de trasladar los delitos del Código Penal Ordinario a la Legislación Penal Castrense, sino darles a dichos tipos penales, como indica la Alta Corporación, esos elementos y circunstancias propias del servicio y que resulten relevantes para tomar en consideración.

# Defensoría Técnica para la **FUERZA PÚBLICA**

*Una oportunidad para Mejorar*

**LUIS FELIPE BARRIOS BARRIOS<sup>1</sup>**  
*Representante a la Cámara*

**E**l Acto Legislativo No. 3 de 2002, modificatorio de los artículos 250 y 252 de nuestra Constitución dio paso a la operatividad del Sistema Penal Acusatorio en el País. Esta decisión legislativa implicó modificar y redefinir las funciones de la Fiscalía General de la Nación toda vez que se separaron los roles del Fiscal y del Juez, en tanto en cuanto que al primero le corresponde perseguir el delito y al segundo defender los derechos de la sociedad, los investigados y las víctimas.

Los miembros de la Fuerza Pública dentro del contexto de la administración de Justicia Penal Militar, no podían estar al margen del mandato constitucional, de hecho, el nuevo Código que entrará a regir con todo vigor en el 2010, contempla en el Libro Tercero las garantías procesales, entre ellas, la defensa, herramienta que se hace eficaz mediante la observancia del Título V, del Libro Tercero "Procedimiento Penal Militar" ibídem, delimitante de la acción de la Fiscalía General Penal Militar, a quien se le ha encargado de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar hechos que podrían constituir conductas delictivas al interior del cuerpo uniformado de la Fuerza Pública. Con los resultados de esas investigaciones, el fiscal abona probatoriamente la acusación que, según el caso, será presentada

1 Representante a la Cámara, miembro de la Comisión Segunda Constitucional.

Ponente en Cámara de Representante del Proyecto de Ley mediante el cual se implementa la Defensoría Técnica de la Fuerza Pública.

ante el Tribunal Superior Militar, o jueces de conocimiento, dando inicio al juicio.

Los estancos procesales en materia penal militar, se discriminaron y definieron en el Libro Tercero, *ibídem*, que en resumen es así:

Al tenor del Libro III, Título V, Capítulo I, del Código Penal Militar, la persecución al delito corresponde a la Fiscalía General Penal Militar, es función de ella la titularidad del ejercicio de la acción penal (salvo los casos querellables), siendo sus actuaciones únicamente sometidas al imperio de la Constitución y la Ley, esta organización contará con un Cuerpo Técnico de Investigación bajo la dirección del Fiscal General.

La persecución penal puede suspenderse en aplicación del principio de oportunidad otorgado a los términos dentro de los cuales debe surtirse la investigación. Esta decisión de la Fiscalía no es discrecional sino reglada, porque debe cumplir los requisitos señalados para el efecto en el Código de Procedimiento Penal Militar, debiendo someter esa decisión al control de legalidad del Juez de Control de Garantías. (Concordante con los artículos 324 y 154-7 del CPP ordinario)."

En Colombia, todo proceso penal se desarrolla en etapas definidas, las cuales, en materia penal militar se encuentran a partir del Título VII del Libro III *ibídem*:

- "Preliminar (ante la Fiscalía y con la policía, es la etapa de averiguación, en donde eventualmente se acude al juez de control de garantías para que autorice ciertas diligencias)"
- "Investigación propiamente dicha, delimitación del delito e identificación del sujeto activo (ante el juez de control de garantías con la imputación)"
- "Juicio oral y público (ante el juez de conocimiento competente)"

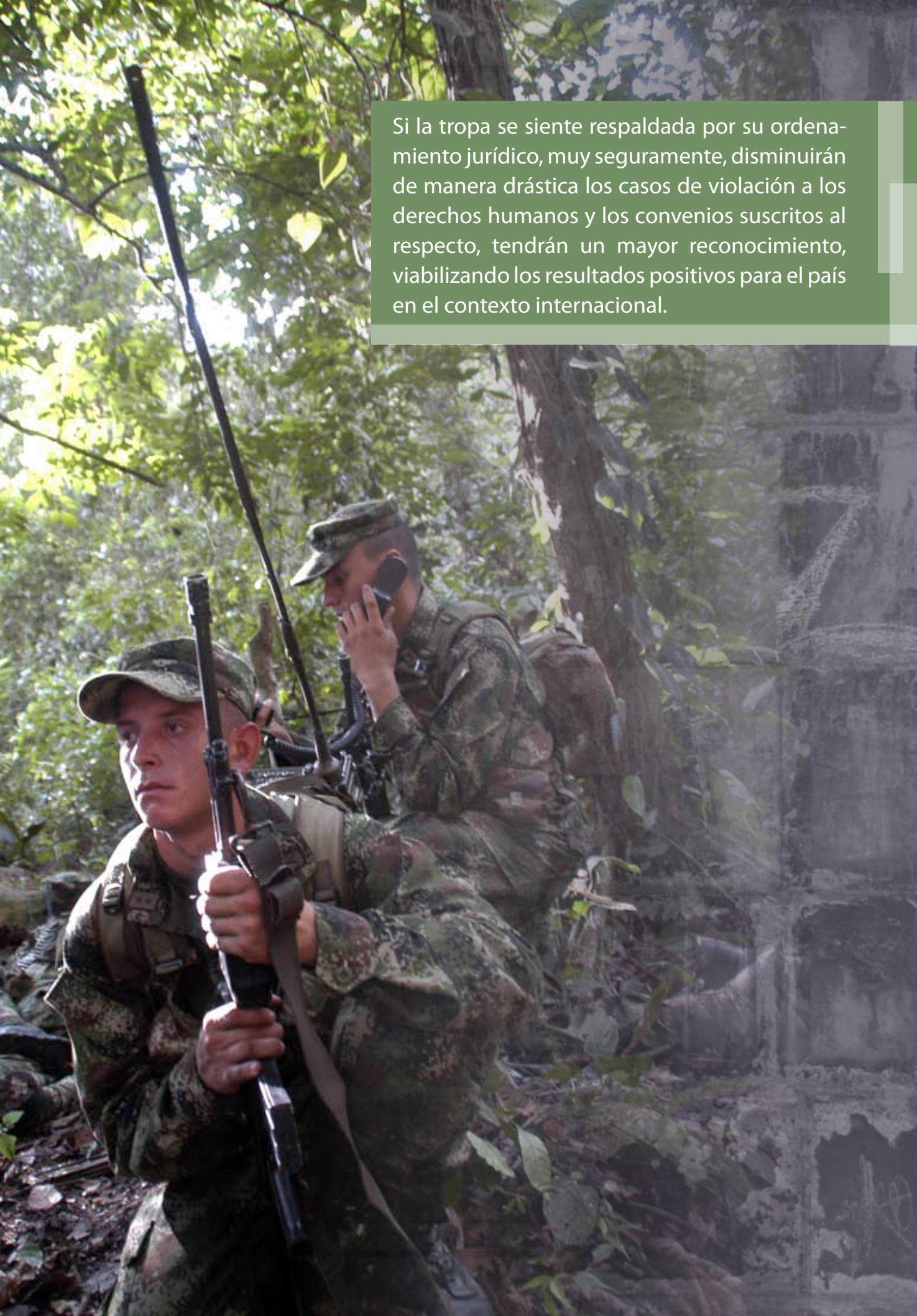
"Las funciones de los jueces están claramente delimitadas entre la función de control de garantías (cuyas misiones son las de controlar el abuso de poder y proteger los derechos y, en consecuencia, evitar las restricciones arbitrarias de los derechos) y la de conocimiento que estudia la responsabilidad penal de los imputados."

Esa etapa investigativa cobra equilibrio con el contenido del Libro Tercero, Título III, Capítulo II, que se encarga de ampliar la garantía de la defensa abriendo el camino para la Defensoría Técnica de la Fuerza Pública "...como un cuerpo autónomo separado del mando..." característica que permite a los uniformados implicados en una conducta penal, tengan la oportunidad de ser oídos y vencidos en un juicio justo, sin que exista asomo de intervención o subordinación al mando.

Así entonces, los uniformados de nuestro país, mediante la aprobación de la Ley "Por la cual se implementa el Servicio de Defensoría Técnica de la Fuerza Pública", son sujetos y objeto del cubrimiento de las garantías propias del derecho constitucional a la Defensa, artículo 29.

Desde el momento mismo de la sanción de esta ley, se permite a los unifor-



The image shows two soldiers in camouflage uniforms and caps in a dense forest. The soldier in the foreground is holding a rifle and looking off to the side. The soldier behind him is talking on a mobile phone. The scene is set in a lush, green environment with sunlight filtering through the trees. A semi-transparent green box with white text is overlaid on the right side of the image.

Si la tropa se siente respaldada por su ordenamiento jurídico, muy seguramente, disminuirán de manera drástica los casos de violación a los derechos humanos y los convenios suscritos al respecto, tendrán un mayor reconocimiento, viabilizando los resultados positivos para el país en el contexto internacional.

mados, o retirados involucrados en posibles conductas punibles realizadas en actividad, que correspondan a la jurisdicción Penal Militar y/o ordinaria, contar con un defensor técnico, expresión que prioriza la necesidad de calidad en la defensa y conocimiento del defensor en la actividad y formación de los miembros de la Fuerza Pública, la cual dista del común de la sociedad, a fin de que éste (el defensor) sea un dinamizador y un operador eficaz en la construcción (imputado) de la estrategia defensiva.

Si la tropa se siente respaldada por su ordenamiento jurídico, muy seguramente, disminuirán de manera drástica los casos de violación a los derechos humanos y los convenios suscritos al respecto, tendrán un mayor reconocimiento, viabilizando los resultados positivos para el país en el contexto internacional, ya que se reducirán las demandas por este hecho, ante los tribunales internacionales de justicia.

## Qué desafíos afronta la Justicia Penal Militar

El año 2010 delimita el cambio de rumbo de la Justicia Penal Militar y será sometida a fino escrutinio, toda vez que se le otorga un lapso generoso para implementar y operar el Sistema Penal Acusatorio al interior de las filas. Esta revolución jurídica, involucra a los operadores en su dimensión jurídica y a la sociedad en general que estará atenta a los resultados de impacto que el colectivo espera del sistema.

Desde ahora, la labor que desarrolla el Juez Penal Militar o el Magistrado, cobra mayor relevancia y trasciende en su dinámica al comportamiento de los abogados litigantes (defensores técnicos), cuyo perfil profesional necesariamente debe ser garantía para la defensa de nuestros militares y policías; igualmente, la Fiscalía General Penal Militar y su Cuerpo Técnico de Investigación, junto con el Ministerio Público, tienen a su cargo roles definidos, nuevas responsabilidades, retos personales e institucionales que, en buena medida, algunos resultan ajenos a los que anteriormente venían desempeñando. El reto es en resultados tanto en la estructuración de la nueva modalidad, como en el mejoramiento de las conductas de los hombres y mujeres



SINDICADO

que se encuentran en filas al servicio de nuestra democracia.

Para los uniformados el reto se puede homologar a los planteados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en cuanto a esa jurisdicción, así:

“... Hoy, con la aplicación directa y vinculante del bloque de constitucionalidad (artículo 4 de la Ley 906 de 2004), el principio de legalidad no puede ser entendido como el único mecanismo de protección de los derechos sino que debe aplicarse de manera directa las normas constitucionales e, incluso, la ley debe leerse a partir de la norma constitucional como fundamento de validez de aquella. De esta forma, la aplicación de la Constitución, la ley y las normas de derecho internacional que integran el bloque de constitucionalidad, se convierte en un nuevo reto que debe enfrentar el aplicador jurídico penal...”

“Precisamente por lo anterior, los espacios dialécticos, el estudio del derecho comparado, el análisis normativo legal y constitucional se ampliaron notoriamente, de tal forma que los jueces y los diferentes operadores jurídicos vieron la necesidad de crear escenarios para canalizar las inquietudes que se originan con la aplicación práctica del derecho en los casos concretos. Así, con la iniciativa de algunos jueces y

del Vicefiscal General de la Nación, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura diseñó un escenario autónomo, analítico y respetuoso que lo denominó Conversatorio del Sistema Penal, para lo cual, señaló reglas de conducta claras y convocó a diferentes entidades vinculadas con el Sistema Penal Acusatorio, tales como la Defensoría Pública, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación y todos los jueces y magistrados, para que todos aquellos aporten opiniones y construyan elementos de juicio para la argumentación jurídica...”

El elemento argumentativo dentro de este nuevo andamiaje, requiere estudio, profundización, prospectiva en la aplicación e interpretación de ley y sobre todo, actualización como una necesidad determinante y dialéctica de la misión del Derecho Penal Militar. Este importante reto, se aspira alcanzar con la gestión encomendada al Coordinador Académico, en cuanto es este quien pincela, delimita y descubre paso a paso el camino más expedito a juicios justos y equilibrados en el uso de las armas.



Una vez convertida en Ley de la República esta iniciativa, es importante que el Ministerio de la Defensa adopte todos los mecanismos para su puesta en funcionamiento con el fin de evacuar un sin número de procesos que se encuentran en mora y están afectando a los incursores en estos procesos. Además, se requiere hacer un seguimiento permanente que contribuya a evaluar la efectividad de esta norma, mediante indicadores de gestión que midan el grado de avance y cumplimiento. Estos mecanismos de control servirán para respaldar la gestión en pro de los uniformados, quienes exponen sus vidas por la defensa de la Nación, pero que al momento de ser cuestionados, no cuentan con un abogado que los entienda y defienda.

## Por qué es importante que la Fuerza Pública cuente con un organismo de defensoría técnica?

Los colombianos, hemos visto con gran satisfacción el grado de profesionalismo y la capacidad de respuesta que han tenido nuestros soldados y policías, frente a las acciones de grupos al margen de la ley que están encaminadas, desde hace más de 40 años, a crear un clima de inestabilidad institucional expresado en un aumento de la violencia en todas sus formas, como es el caso de las distintas modalidades de secuestro y extorsión, el narcotráfico, entre otros delitos, que por fortuna y gracias al liderazgo del Gobierno actual, se ha logrado reducir de manera importante.

No obstante, los excelentes resultados alcanzados por parte de los Miembros de la Fuerza Pública en Colombia y por otro, el fortaleci-

miento económico e institucional de las fuerzas militares, en la búsqueda de lograr un mejor desempeño en el cumplimiento de las funciones asignadas por la Carta Magna, la cuales se dirigen a salvaguardar el orden constitucional; llama la atención, que pese a este avance que se evidencia en el respeto a los derechos humanos, procesos de formación y capacitación para todos los uniformados en distintos temas como condición fundamental de esta democracia y al proceso de depuración en sus filas; aún no dejan de presentarse hechos en los que se ven implicados miembros de las distintas fuerzas, la cuales se han incrementado por el cumplimiento de su misión en un ámbito de violencia insurgente. Las faltas tipificadas en el Código Penal Militar como conductas punibles, realizadas en estas circunstancias, obligan a la apertura de procesos disciplinarios e investigaciones por parte del Ministerio Público, la Justicia Penal Militar y en otros casos por la Justicia Ordinaria cuando la falta así lo amerite, exigiendo la garantía de un debido proceso a través de una defensa técnica que responda a las expectativas y operativas así como a la operatividad de los miembros de la Fuerza Pública.

Es de resaltar que en la actualidad, la Justicia Penal Militar, cuenta con 10.822 procesos activos y 6.624 preliminares, sin que exista para los miembros involucrados la posibilidad de acceder a

Como ponente de este importante proyecto en la Cámara de Representantes, el cual fue ampliamente discutido con todos los actores involucrados en el tema, aspiro a entregar al país una herramienta que mejore las condiciones jurídicas que permita a los miembros de la Fuerza Pública, cumplir la misión institucional en condiciones excelencia.

un servicio de defensa técnica apropiada y ajustada a sus prosupuestos, toda vez que la Defensoría Pública no garantiza la idoneidad y calidad de la defensa que requieren nuestros uniformados.

Hoy, los miembros de la fuerza pública, para cubrir la falencia en su defensa y así minimizar costos, se organizaron privadamente así:

- Fondos de asistencia jurídica de las Fuerzas Militares, los cuales se financian con el aporte de un día de salario anual o semestral de cada miembro activo. En la actualidad están afiliados a los mismos 67.235 del Ejército, 4.452 de la Armada. La policía no cuenta con este servicio<sup>(2)</sup>
- Cooperativas y diferentes empresas con ánimo de lucro. Este sistema funciona con base al pago de una cuota mensual que oscila entre \$12.000 y \$ 35.000. Estas cooperativas cuentan en la actualidad con 29.133 afiliados<sup>(3)</sup>
- La asistencia otorgada por la Defensoría del Pueblo, entidad que sólo cuenta con siete funcionarios que atienden 450 procesos al día de las 17.446 actuaciones procesales que se encontraban activas en la Justicia Penal Militar para el 2005<sup>(3)</sup>

Por las razones anteriormente expuestas y de acuerdo con los datos suministrados por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, en la actualidad de los 349.915 miembros activos de la FF MM, 249.905 que representan el 72% de la fuerza, no cuentan con ningún servicio de asistencia jurídica. En lo que se refiere a la policía Nacional, aunque no se tienen datos exactos, se considera que la situación es más dramática, lo cual pone a los miembros de la Fuerza Pública en desventaja con relación al derecho a la defensa a la cual tiene derecho cualquier ciudadano que lo requiera.

Como ponente de este importante proyecto en la Cámara de Representantes, el cual fue ampliamente discutido con todos los actores involucrados en el tema, aspiro a entregar al país una herramienta que mejore las condiciones jurídicas que permitan a los miembros de la Fuerza Pública, cumplir la misión institucional en condiciones excelencia.

Fuente: (2)Brigadier General ® Julio Eduardo Charry

(3)Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar



# La Justicia Penal Militar frente a los delitos contra la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Coronel*® ROSA ELENA TOVAR GARCÍA  
*Magistrado Tribunal Superior Militar*

**D**etenido análisis merece el criterio de que los actos de corrupción que constituyen delitos tipificados en la legislación penal ordinaria, no guardan relación con el servicio y en consecuencia su juzgamiento corresponde a tal jurisdicción y no a la especial, al que de manera generalizada puede conducir titulares de medios de comunicación como el recientemente publicado y titulado “actos de corrupción en Fuerza Pública, a la justicia ordinaria”<sup>1</sup>; que plantea de forma equivocada que de acuerdo con pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>, se vulneró el principio de juez natural al condenar en la jurisdicción castrense a un patrullero que exigió dinero a varios conductores para no multarlos, pues tal conducta no era de su competencia; conclusión sin análisis que así expresada podría generar la idea en el desprevenido lector y aún en algunos funcionarios de que, en efecto, determinados delitos comunes, específicamente contra la Administración pública, no pueden considerarse relacionados con el ser-

1 EL TIEMPO, 12 de febrero de 2009, página 1-19.

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 27-OCT-2008, Proceso 25933, MP. JAVIER ZAPATA ORTÍZ. La Corte declara nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación y dispone la remisión a la jurisdicción ordinaria.

vicio al ser contrarios a la misión constitucional asignada a la Fuerza Pública, planteamiento que deviene contrario a la Constitución y la ley.

En efecto, la Carta Política y la legislación Colombiana<sup>3</sup> condicionan el reconocimiento del fuero militar a que la conducta sea cometida por miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y que la misma guarde relación con el servicio, y específicamente el artículo 195 del Estatuto Punitivo Castrense dispone la investigación y juzgamiento del militar o policial de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar cuando en tales circunstancias cometa delito previsto en el Código Penal Ordinario o leyes complementarias; jurisdicción especial de la cual sólo se excluye de manera taxativa legal el conocimiento de los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada<sup>4</sup>, y jurisprudencialmente, los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio<sup>5</sup>.

Son entonces, delitos relacionados con el servicio, según define el Artículo 2º del Código Penal Militar, los cometidos por miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia; esto es, que respecto de los demás delitos comunes en los

3 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Art. 221. CÓDIGO PENAL MILITAR, Artículo 1º. "De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

4 CÓDIGO PENAL MILITAR, Artículo 3º "Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia."

5 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-533 de 2008, MP VARGAS HERNÁNDEZ MARIA CLARA.

que pueden incurrir los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de su misión Constitucional, ha de realizarse la valoración en cada caso particular y en concreto de acuerdo con la situación fáctica y probatoria a fin de determinar si se reúnen los requisitos de ley para que la conducta corresponda a una u otra jurisdicción.

Los elementos objetivo y subjetivo necesarios

En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la Fuerza Pública<sup>6</sup>.

para que la investigación corresponda a la jurisdicción penal militar, han sido suficientemente decantados por la jurisprudencia<sup>6</sup>, y especialmente en la sentencia C-358 de 1997 que declaró inexecutable la expresión “con ocasión del servicio o por causa de este o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales” limitando la jurisdicción a los delitos cometidos en relación con el servicio, el cual define como “...la sumatoria de las misiones que la Constitución y la Ley le asignan a la Fuerza Pública, .... En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se

patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la Fuerza Pública”.

Esto es, que una vez acreditado el factor subjetivo, o calidad de miembro de la Fuerza Pública en servicio activo al momento de los hechos, corresponde al operador judicial, determinar cuándo se está en ejercicio de una función propia que permite relacionar el hecho con el servicio, circunstancia respecto de la cual el citado pronunciamiento Constitucional constituye el más importante desarrollo, al señalar que son delitos relacionados con el servicio los derivados del ejercicio de la función militar o

policial que les es propia, que el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado, vínculo que debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto, lo que significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, la cual debe ser inherente al cargo o función por lo que puede ser de carácter administrativo<sup>7</sup>.

Excluye el pronunciamiento del ámbito penal castrense, las conductas que por su gravedad constituyan delitos de lesa humanidad<sup>8</sup>, la realización

6 CORTE CONSTITUCIONAL. C-358 de 1997 MP. CIFUENTES MUÑOZ EDUARDO, C-878 de 2000 MP. BELTRÁN SIERRA ALFREDO, C-399 de 1995 MP. MARTÍNEZ CABALLERO ALEJANDRO, C-357 de 1997 MP. HERNÁNDEZ GALINDO JOSÉ GREGORIO, C-561 de 1997 MP. GAVIRIA DIAZ CARLOS. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencias 23-AGO-83 MP. ALDANA ROZO LUIS, 22-SEP-87, 18-NOV-87 y 01-DIC-87 MP. DUQUE RUIZ GUILLERMO, 10-FEB-1994 MP. RICARDO CALVETE RANGEL, 02-AGO-1994 MP. EDGAR SAAVEDRA ROJAS y 28-MAR-1996 MP. JORGE CORDOBA POVEDA. Respecto al fuero de los miembros de la Policía Nacional cfr. Sentencias C-444 de 1995 MP. GAVIRIA DIAZ CARLOS, C-024 MP. MARTÍNEZ CABALLERO ALEJANDRO y C-453 de 1994 MP. CIFUENTES MUÑOZ EDUARDO.

7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 25-JUN-2008, Proceso 28761, MP. AUGUSTO IBAÑEZ GUZMAN.

8 La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 06-OCT-2004, con ponencia del Doctor EDGAR LOMBANA TRUJILLO señaló que la Justicia Penal Militar es competente para conocer de los delitos que comentan los miembros de la Fuerza Pública en relación con el servicio, salvo los expresamente excluidos por la Ley, sin que sea válido ampliar ese catálogo punitivo según



de aquellas conductas que obedezcan a un ánimo predeterminado, esto es cuando desde un inicio el sujeto activo concibió la idea criminal y, dado que la jurisdicción castrense es excepcional, ha de ser interpretada de manera restringida, así corresponderá la competencia a la justicia ordinaria en caso de duda, la cual ha de ser razonable, debidamente fundada o calificada y que emerja de forma racional y manifiesta y no la mínima, simple o irrelevante que puede conllevar a la pérdida de eficacia de la institución jurídica del fuero penal militar y en consecuencia el derecho que asiste a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo de ser juzgados por tribunales castrenses en los términos del artículo 221 superior<sup>9</sup>.

En el caso registrado en el diario citado, la Corte Suprema de Justicia no encuentra acreditado el elemento funcional, resaltando que si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales y utiliza su investidura para realizar el hecho punible el caso corresponde a la justicia ordinaria, este segundo requisito formal supone que el agente ha iniciado la ejecución de una actividad propia de la función castrense en desarrollo de la cual se excede o abusa del ejercicio de la autoridad incurriendo en el hecho punible, y para el caso la actividad desplegada por el procesado no correspondía a la función encomendada o propia de la Policía Nacional.

La casación oficiosa de la Alta Corporación en garantía del principio de juez natural, constituye una decisión particular en un caso concreto y no un criterio generalizado como lo señala el titular de prensa, lo que se demuestra en que, en distintos procesos llegados a su conocimiento en sede de casación,

la mayor o menor gravedad de los hechos o mayor o menor lesividad al bien jurídico tutelado.

9 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1001 de 2001, MP. RODRIGO ESCOBAR GIL



independientemente de la decisión adoptada (inadmitir, declarar desierta, casar o no) se ha abstenido la Corte de pronunciarse oficiosamente al no encontrar violación de garantías fundamentales de carácter sustancial ni procesal, no obstante tratarse de delitos de CONCUSIÓN que ha fallado la jurisdicción penal militar<sup>10</sup>; lo que avala su competencia para conocer de estas conductas y determina una vez más que el tipo penal no constituye criterio para determinar la competencia ni fue el adoptado en la decisión en el publicitado caso, sino que específicamente el hecho no guardaba relación con el servicio.

Como antecedente importante a estas decisiones, encontramos el análisis que realiza la Corporación en relación con el fuero penal militar específicamente respecto del punible de CONCUSIÓN<sup>11</sup> en el que señaló que en el

caso de la Policía Nacional, las funciones que le son propias están referidas primordialmente al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y el delito puede llegar a estructurarse a través de dos formas, por abuso del cargo o de la función. En relación con la primera, la Corte ha dicho que se presenta cuando el sujeto agente, aprovechándose de la calidad o investidura que ostenta, ejecuta actos que no le competen por estar atribuidos a otra autoridad y la segunda mo-

la Corte Suprema de Justicia, en ningún momento generaliza la adscripción de competencia a determinado tipo de delitos, por el contrario, en cada caso particular y concreto como corresponde, analiza si los hechos guardan o no la relación exigida con el servicio para radicar su conocimiento en la jurisdicción especial.

10 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rad. 29599, 02-DIC-2008, MP. AUGUSTO IBAÑEZ GUZMÁN contra decisión del TSM que revocó sentencia absolutoria y condenó por CONCUSIÓN a Patrullero que recibió dinero por no inmovilizar un vehículo que llevaba vidrios polarizados sin el respectivo permiso; la Corte señala que las pruebas refutadas permanecen incólumes y son suficientes para sustentar la condena aclarando que la "Sala ha revisado íntegramente la actuación y no ha encontrado causales de nulidad ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales, razón por la cual no puede penetrar oficiosamente al fondo del asunto. Igualmente, en decisión del 02-JUL-2008, Rad. 27964, la Corte con ponencia de AUGUSTO IBAÑEZ GUZMAN decidió NO CASAR la sentencia proferida el 12-FEB-2007 por el Tribunal Superior Militar al revocar absolutoria dictada en primera instancia y en su lugar CONDENAR por el delito de CONCUSIÓN, avalando el razonamiento de la Corporación al declarar la responsabilidad de un Intendente al haber recibido una suma de dinero del particular a quien la exigía cambio de levantar la medida de sellamiento impuesta por el Comandante de la Estación de Policía Laureles de Medellín. El 09-JUN-2008, en Rad-29435, el MP. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, al inadmitir demanda de casación contra sentencia por CONCUSIÓN, señala "...dada la ausencia de aquellos requisitos que hicieran admisible la demanda casacional y no observándose tampoco motivos que hagan viable la oficiosa intervención de la Corte en términos del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, la demanda será rechazada". Por el mismo delito juzgado en la jurisdicción castrense, en sentencia del 10-JUL-2008, Rad. 29152, inadmite la Corte la demanda con ponencia de YESIS RAMIREZ BASTIDAS concluyendo que las argumentaciones en el cargo único deben desestimarse por no encontrar violaciones de garantías fundamentales de incidencia sustancial ni procesal que deban ser protegidas oficiosamente.

11 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rad. 10509, 08-MAY-1997.

alidad, cuando actúa dentro de la órbita de su competencia funcional, hipótesis que para efecto de concretar las condiciones requeridas para que el fuero militar tenga operancia, se tiene que sólo cuando se presenta la segunda, habrá lugar a investigación y juzgamiento privilegiados, pues, en el primer evento, por no estar el hecho vinculado con la función, no tendrá cabida la protección foral.

Y más recientemente en pronunciamiento<sup>12</sup> cuyos apartes que por su importancia para el tema, se impone transcribir, la Corte avalando el factor de la competencia en la Justicia Penal Militar (cuya vulneración al principio de juez natural por incompetencia constituía el cargo único de la demanda), señaló:

12 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación No. 30001, providencia del 30 de Septiembre del 2008, MP. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMAN

*“... Como quiera que el censor plantea que la Justicia Penal Militar carecía de competencia para conocer de este asunto, porque el acto de exigir dinero no es una actividad propia del servicio, encuentra la Sala que la argumentación no logra demostrar la falta de competencia de los funcionarios que conocieron del trámite y en consecuencia inadmitirá la demanda, teniendo en cuenta las siguientes razones:*

*(...)*

*De acuerdo a lo anterior, considera la Sala que si al momento en que los uniformados exigieron una suma de dinero al joven... quien portaba el seguro obligatorio vencido, a cambio de dejarlo seguir su marcha sin comparendo, éstos se encontraban en servicio activo y cumpliendo funciones propias de su cargo, esto es, la actividad no resulta deslindada del servicio oficial prestado.*

*En este caso, resulta evidente que la entrega del dinero no fue ajena a la condición de servidores públicos de los procesados ni a sus funciones pues, cuando se acordó el pago a los agentes .... se encontraban en servicio activo. Actividad que guardó relación o derivó directamente de sus funciones policiales, de una parte, por la imposición del comparendo que debían realizar al infractor de las normas del Código Nacional de Transito y, de otra, porque por razón del desempeño de tal cargo oficial estaban en capacidad de no elaborar el documento que daba cuenta de la infracción cometida y era supuesto de la sanción a cancelar, además de no inmovilizar el automotor.*

Así las cosas, no hay duda de que la Corte Suprema de Justicia, en ningún momento generaliza la adscripción de competencia a determinado tipo de delitos, por el contrario, en cada caso particular y concreto como corresponde, analiza si los hechos guardan o no la relación exigida con el servicio para radicar su conocimiento en la jurisdicción especial.





Igualmente, la Alta Corporación ha determinado respecto de otros delitos contra la administración pública<sup>13</sup> que entrañan actos de corrupción, que su juzgamiento corresponde a la jurisdicción especial, lo que reitera una vez más que la adscripción del factor competencia no obedece a determinados tipos penales, sino como Constitucional y Legalmente se establece, a que el hecho lo haya cometido el miembro de la Fuerza Pública en relación con el servicio.

El mismo Consejo Superior de la Judicatura, al desatar conflicto de competencias negativo entre las dos jurisdicciones, ha asignado a la Justicia Penal Militar el conocimiento de investigaciones por delitos comunes como el PREVARICATO POR OMISIÓN,<sup>14</sup> al concluir que “la conducta se deri-

va del ejercicio de la función policial que le era propia al procesado”, juicio valorativo que se insiste, corresponde al funcionario judicial castrense, debiendo analizar la función específica que cumplía el procesado al momento de los hechos.

CONCLUSIÓN. Si bien en algunos casos se ha determinado que la competencia para el conocimiento y juzgamiento de delitos comunes en que pueden incurrir miembros de la Fuerza Pública en actividad como la CONCUSIÓN, radica en la jurisdicción ordinaria, ello no puede acogerse como una teoría generalizada y menos asumir que la competencia o no para conocer en la jurisdicción castrense se circunscriba a determinados tipos penales, esto es de acuerdo a su “nomen juris”, pues los únicos delitos excluidos taxativamente del fuero militar son los determinados en el artículo 3º del Código Penal Militar y en las sentencias C-878 de 2000 y C-533 de 2008; el resto de imputaciones debe someterse al estudio y acreditación de los dos requisitos esenciales para el reconocimiento foral de conformidad con la jurisprudencia de las altas Cortes que determinan los parámetros que constituyen cada uno de estos elementos, objetivo y subjetivo, no existiendo posiciones que limiten el campo de acción de la Justicia Penal Militar de manera general, salvo las fijadas en la Constitución Política y su desarrollo jurisprudencial como lo ha reiterado el Tribunal Superior Militar<sup>15</sup>.

13 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Casación Penal. 06-ABR-2006, MP. YESID RAMIREZ BASTIDAS. La Corte en casación declaró la nulidad de lo actuado en la jurisdicción ordinaria disponiendo la remisión del proceso a la justicia penal militar por competencia, en investigación por los delitos de PECULADO POR APROPIACION en CONCURSO con FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS y COHECHO, señalando entre sus fundamentos “el desvío de la función administrativa encomendada al sindicado dentro de la institución castrense es lo que hace que en el presente caso se esté frente a conductas punibles relacionadas con el servicio del suboficial investigado de competencia de la justicia penal militar y no de la ordinaria” (subraye fuera de texto).

14 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Jurisdiccional

Disciplinaria, 13-feb-2008, MP. RUBEN DARIO HENAO OROZCO, Rad. 27190040.

15 TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR, Primera Sala Decisión, entre otras, Rad. 152498, 09-DIC-2008 y 155609 del 12-FEB-2009.

# Criterios de justicia DE LA GUERRA

**SANTIAGO MARTÍNEZ CASTILLA**

*Depto. de Ciencia Política y Derechos Humanos  
Universidad de La Sabana*

Cuando hablamos de criterios de justicia de la guerra, nos referimos a los elementos que podemos utilizar para valorar la justicia o injusticia de las guerras. Esto supone preguntarse: ¿hay guerras justas? Sí, es la respuesta que daremos en este escrito. La guerra es una manifestación humana y una realidad histórica, como tal, el hombre ha buscado límites éticos y jurídicos a la misma, como marco para explicarla y para buscar su posible regulación. A esta necesidad responde la teoría de la guerra justa, que debe mucho a la tradición judeo-cristiana, que la va desarrollando a partir de preguntarse en qué sentido y en qué circunstancias puede aceptarse la guerra desde el punto de vista de la Moral.

A lo largo de la historia la guerra ha sido vista desde varias perspectivas, como maldición universal, desde la cual la guerra es la suma manifestación de la maldad, es infernal y consecuencia de la acción satánica; como fatalidad purificadora, por la cual se acepta como enviada o permitida por Dios<sup>1</sup>; y como una simple contraposición a la paz, en la que esta última se entiende como ausencia de la primera. Cualquiera que sea la perspectiva desde la que se estudie, la teoría de la guerra justa ha hecho esfuerzos por encontrar los criterios que hacen justa o injusta una contienda bélica.

Los primeros autores que abordan este tema fueron San Ambrosio, en el siglo IV, y San Agustín, en el V<sup>2</sup>. En concreto, San Agustín es especialmente

1 Ver, DE LA BRIÈRE, Yves, *El derecho de la guerra justa: tradición teológica y adaptaciones contemporáneas*, trad., Luis Islas García, Editorial Jus, México, 1944, págs. 13 y 14.

2 *Ibid.*, pág. 26.



importante por sentar las bases de la teoría de la guerra justa. En numerosos escritos trata sobre la adecuación entre el deber militar y el deber cristiano, lo que es censurable en la carrera de las armas y los objetivos que se deben perseguir con las guerras. Después de San Agustín, autores como S. Isidoro de Sevilla, Yves de Chartres y Graciano, discutieron sobre la justicia de la guerra, pero hay que esperar hasta Santo Tomás de Aquino para ver las ideas sobre la guerra expuestas de forma esquemática y más rigurosa<sup>3</sup>. El doctor Angélico reunirá sus planteamientos sobre la guerra en la Suma Teológica II<sup>a</sup> II<sup>a</sup>e, cuestiones XXIX y XL. Como novedoso frente a sus predecesores están las condiciones que impone para que una guerra pueda ser justa: autoridad legítima, causa justa, intención recta y recto modo.

3 *Ibid*, pág. 43.

De tal manera, siguiendo a estos autores, una guerra sería justa si es declarada por la autoridad máxima en un territorio (autoridad legítima), si además cuenta con una causa que justifique dicha guerra (causa justa)<sup>4</sup>, y si es llevada a cabo respetando ciertos procedimientos y normas (recta intención y recto modo).

En la época renacentista, encontramos como principales exponentes de la teoría de la guerra justa, a Francisco de Vitoria<sup>5</sup>, principal representante de la Escuela de Salamanca, en *De Jure Belli* (1539); por Francisco Suárez<sup>6</sup>, también de la Escuela de Salamanca, principalmente en su *Dis-*

4 San Agustín y Santo Tomás aceptaban como causas justas: repeler una agresión, recuperar lo robado y la venganza de una injuria.

5 Sobre Francisco de Vitoria puede verse, DE LA BRIÈRE, op. Cit, págs. 49-55. También, SANTAMARÍA FERNÁNDEZ, J. A., *El Estado, la guerra y la paz*, trad. Juan Faci Lacasta, Ediciones Akal S. A., Madrid, 1988, págs. 68-124.

6 Sobre este autor ver, DE LA BRIÈRE, op. Cit, págs. 57-60.

putatio XIII; y por Juan Ginés de Sepúlveda, autor de los principales trabajos sobre la aplicación de la guerra justa a la Conquista de América<sup>7</sup>.

En la época Moderna, Hugo Grocio<sup>8</sup> y Emeric Vattel<sup>9</sup> son los autores más relevantes que trabajaron la teoría de la guerra justa, incorporándola a las bases del naciente Derecho Internacional. En 1859, un suceso influyó determinantemente en el desarrollo de los estudios sobre los criterios de justicia de la guerra y, sobre todo, en su aplicación práctica: el Suizo Henry Dunant presenció las consecuencias de la Batalla de Solferino, entre los ejércitos de Austria y Francia, quienes combatían en territorio italiano. Dunant escribió un libro sobre sus impresiones y sus ideas sobre la necesidad de un organismo internacional que se dedicara al cuidado de los soldados heridos. De esta idea surgió la creación de la Cruz Roja Internacional y se sentaron las bases del Derecho de Ginebra.

Desde la primera concreción de los criterios de justicia de la guerra, hechos por San Agustín y Santo Tomás (autoridad legítima, causa justa, recta intención y recto modo), hasta nuestros días, la justicia de la guerra se ha encuadrado en dos grandes componentes: IUS AD BELLUM e IUS IN BELLO. El primero recoge los criterios de justicia que se deben cumplir previo el inicio de las hostilidades; el segundo componente hace referencia a los criterios que se deben cumplir ya en el curso de las hostilidades y de la conducta

bélica<sup>10</sup>. De este modo, dentro del *Ius ad Bellum* encontramos la autoridad legítima y la causa justa, como criterios de justicia de la guerra, mientras que en el *Ius in Bello*, estaría presente la recta intención y el recto modo.

**Siguiendo a estos autores, una guerra sería justa si es declarada por la autoridad máxima en un territorio (autoridad legítima), si además cuenta con una causa que justifique dicha guerra (causa justa), y si es llevada a cabo respetando ciertos procedimientos y normas (recta intención y recto modo).**

El análisis de la justicia o injusticia de una guerra no puede desligar los dos componentes mencionados, ni tratarlos de manera separada, ya que una guerra que comience siendo justa por cumplir los criterios del *Ius ad Bellum*, puede convertirse en injusta por no acatar los requisitos del *Ius in Bello*. De todas formas, la historia nos ha demostrado que los gobiernos encuentran distintas formas de justificar la necesidad de comenzar una guerra, por tanto, es completamente indispensable hacer énfasis en el acatamiento de las normas y criterios que orientan la conducción de las hostilidades en una confrontación armada.

El desarrollo moderno de la teoría de la guerra justa, ve actualizados los criterios del *Ius in Bello*, en las distintas ramas del actual Derecho Público Internacional, principalmente, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH– (conjunto de instrumentos internacionales dispuestos para la protección de los derechos humanos<sup>11</sup>), y

7 Sobre este autor se puede ver, MARTÍNEZ CASTILLA, Santiago, Juan Ginés de Sepúlveda y la Guerra Justa en la Conquista de América, En: PENSAMIENTO Y CULTURA, Vol. 9 No.1, Instituto de Humanidades, Universidad de La Sabana, 2007.

8 La principal obra de Grocio, en la que aborda el problema de la justicia de la guerra es *De iure belli ac pacis*.

9 La pieza maestra de Vattel es *El derecho de gentes (The Law of Nations)*, en la que incursiona en la teoría de la guerra justa.

10 Sobre estos dos componentes puede verse el capítulo III y IV de: RUIZ MIGUEL, Alfonso, *La justicia de la guerra y de la paz*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

11 Dentro de estos instrumentos es necesario resaltar: la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el



en el Derecho Internacional Humanitario –DIH– (cuerpo de normas internacionales destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales<sup>12</sup>).

La discusión sobre la justicia de la guerra, se ha centrado en los conflictos entre Estados, dejando un terreno casi inexplorado: los conflictos de carácter no internacional, o de carácter interno. De todas formas, a la hora de analizar la justicia de este tipo de conflictos hay que tener en cuenta que se deberá buscar la limitación de los mismos, tanto en población involucrada como en medios utilizados en los enfrentamientos. En este sentido, se debería priorizar la utilización de los dos principales cuerpos normativos del Derecho Público Internacional, ya mencionados.

La discusión sobre la justicia de un conflicto como el colombiano, debe

basarse en la utilización conjunta de los instrumentos recogidos en el Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aunque ambos cuerpos normativos se expresan de manera distinta sobre situaciones similares, tienen conceptos comunes, ya que ambos buscan la protección de la persona humana y la limitación del sufrimiento y de los daños en el conflicto<sup>13</sup>. Además, hay situaciones del conflicto que pueden ser mejor interpretadas y analizadas si se utilizan elementos tanto de la normativa humanitaria, como del derecho de los derechos humanos.

**A la hora de analizar la justicia de este tipo de conflictos hay que tener en cuenta que se deberá buscar la limitación de los mismos, tanto en población involucrada como en medios utilizados en los enfrentamientos.**

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los instrumentos de los distintos Sistemas Regionales de Protección (Europeo, Americano y Africano).

12 De estas normas es necesario resaltar: los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales a estos Convenios.

13 Los principios rectores de la distinción civil-militar, de proporcionalidad, de no-reciprocidad y la utilización de la Cláusula Martens, buscan precisamente la protección de la persona humana y la limitación de los daños.



Organismos internacionales, como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han respaldado el uso de los dos cuerpos normativos mencionados, para esclarecer hechos de situaciones de conflictos armados no internacionales<sup>14</sup>.

Instituciones colombianas, como el Ministerio de Defensa, han asumido igual posición: "El DIH obra como "ley especial" (*lex specialis*) a la que hay que remitirse para interpretar el cumplimiento de las obligaciones en materia de DDHH (...). Es decir, las obligaciones en DDHH siguen vigentes, pero son especificadas por el DIH, que hace parte del ordenamiento interno y sirve de herramienta de interpretación del marco de los derechos humanos"<sup>15</sup>.

En este sentido, como conclusión, podemos señalar que los criterios de justicia de conflictos de carácter no internacional, se derivan de los principios y reglas del DIDH y del DIH, que aunque ambos cuerpos normativos se expresan de manera distinta, tienen conceptos en común y buscan el mismo objetivo de proteger la persona humana, y, por último, que la legitimidad de la acción militar descansa sobre el respeto a estos criterios.

Los gobiernos encuentran distintas formas de justificar la necesidad de comenzar una guerra, por tanto, es completamente indispensable hacer énfasis en el acatamiento de las normas y criterios que orientan la conducción de las hostilidades en una confrontación armada.



14 En el caso americano podemos citar la Sentencia de la Corte IDH sobre el caso "Bámaca Velásquez Vs Guatemala", en la que se acepta la utilización conjunta de la normativa humanitaria y de derechos humanos, para examinar un situación problemática.

15 Política integral de derechos humanos y derecho internacional humanitario, Ministerio de Defensa Nacional, Bogotá, 2008, párrafo 19.

# Hacia una nueva dogmática del

## DERECHO

## PENAL MILITAR

*Teniente Coronel ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO<sup>1</sup>*

*Magistrado Tribunal Superior Militar*

Gran expectativa ha generado la expedición del Nuevo Código Penal Militar, proyecto<sup>2</sup> ya aprobado por el Congreso de la República, objetado por el señor Presidente de la República en algunos de sus artículos, revisado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-533 de 2008 que declaró fundadas algunas de las objeciones presentadas, y que debe regresar al Congreso de la República nuevamente para que se rehaga e integre el artículo 3º del proyecto, lo que una vez realizado debe volver el proyecto a la Corte Constitucional para fallo definitivo.

Así pues, a pocos pasos de su expedición, y contando con su vigencia a partir del 1 de Enero del año 2010, la expectativa se acrecienta en virtud de la incorporación del sistema penal acusatorio al procedimiento penal militar, hecho que rompe con la tradición procesal reciente, lo que significa un cambio de paradigmas y de pensamientos en el trámite de los procedimientos, a pesar de que muchos años atrás la Justicia Penal Militar se distinguió por tener un sistema procesal eminentemente oral a través de los Consejos verbales de Guerra.

La importancia que genera la implementación de un sistema que se amolda al ya vigente sistema acusatorio de la justicia ordinaria, ha opacado la

<sup>1</sup> Magistrado del Tribunal Superior Militar

<sup>2</sup> Proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara

reforma que se pretende implementar en la parte sustantiva del Código Penal Militar, la que tal vez es mucho más significativa en la medida en que actualiza la dogmática del derecho penal militar conforme a la filosofía

que inspira el actual código penal de 2.000 y por lo menos la acerca a las actuales corrientes que imperan a nivel mundial.

El actual Código Penal Militar, Ley 522 de 1.999, vigente a partir del 12 de agosto de 2.000, en su parte sustantiva, refleja una tendencia que es perfectamente ubicable dentro de la teoría causalista del proceso penal, en la medida en que ubica el dolo como una forma de la culpabilidad. Y ello tiene su explicación en el hecho de que cuando se expidió esta Ley, se encontraba vigente el Código Penal de 1.980, de marcada tendencia causalista.

en el año de 2.000, con la Ley 599, la justicia penal ordinaria dio un salto cualitativo, pasando de una escuela causalista a una teoría normativa de la culpabilidad, quedando rezagado el actual Código Penal Militar.

Planteadas así las cosas, frente a dos sistemas casi antagónicos, se presentó un primer inconveniente con relación a la aplicación del principio de integración previsto en la legislación castrense, para llenar los vacíos que se presenten en aquellas materias no reguladas, debiendo recurrir al Código penal ordinario, lo que en algunos casos era inaplicable por la concepción contradictoria entre las dos escuelas.

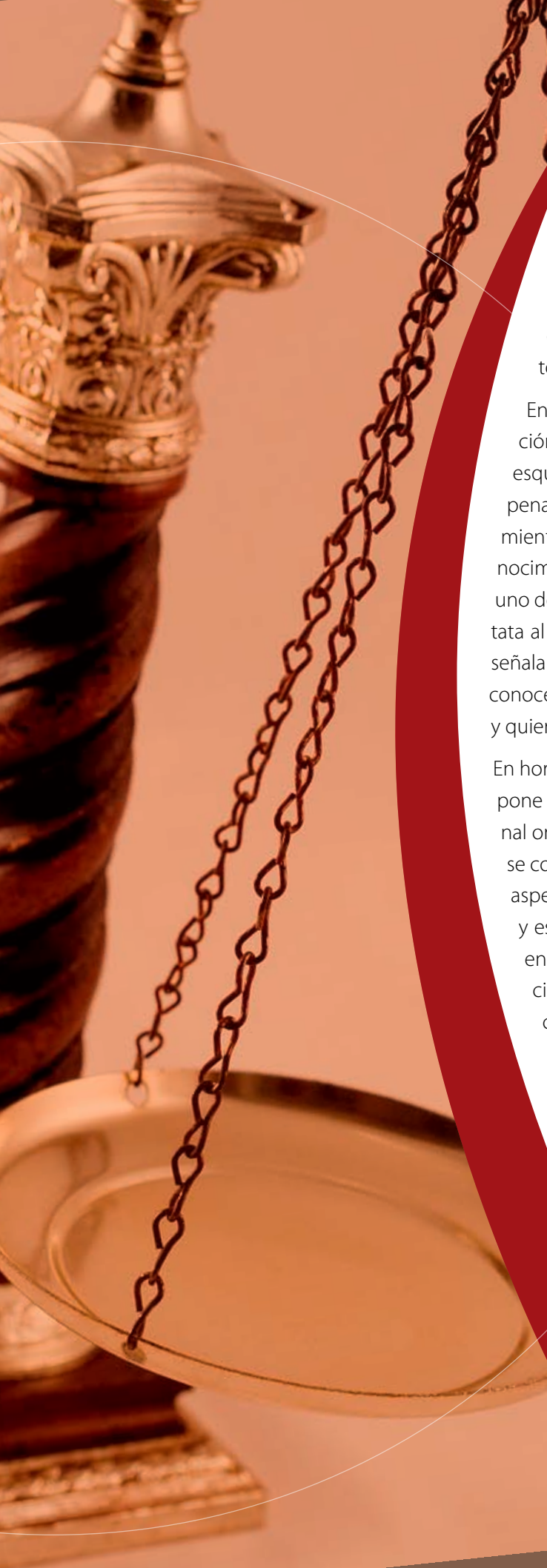
Así por ejemplo, actualmente en la Justicia Penal Militar no es posible aplicar un concepto de necesidad de la pena, porque la teoría que aplica es la de que si se demuestra la tipicidad, la anti-juridicidad y la culpabilidad de una conducta, obligatoriamente debe imponerse una pena; mientras que el actual código penal trabaja una concepción filosófica diferente, en la que además de demostrarse la existencia de estos elementos de la conducta punible, debe comprobarse que la pena es justa y necesaria<sup>3</sup>.

De otro lado, la existencia de un esquema causal se ve comprendido dentro del actual Código Penal Militar, cuando se examina la definición que del dolo da el artículo 41, al señalar que “la conducta es dolosa, cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta al menos como posible”, lo que de por sí implica que el dolo comprende

Sin embargo, en el año de 2.000, con la Ley 599, la justicia penal ordinaria dio un salto cualitativo, pasando de una escuela causalista a una teoría normativa de la culpabilidad, quedando rezagado el actual Código Penal Militar.

<sup>3</sup> Basta leer el artículo 3 del Código Penal de 2.000, que señala como norma rectora el denominado “Principios de las sanciones penales”.





o exige dos aspectos: un conocimiento del hecho punible, es decir, se requiere un conocimiento de la tipicidad, conocimiento de la antijuridicidad (aspecto cognitivo), y una voluntad (aspecto volitivo). Si falta alguno de estos tres elementos, no hay dolo y por tanto no hay culpabilidad.

En el actual código penal encontramos una situación totalmente distinta. Bajo la influencia de un esquema finalista, el dolo se encuentra en el tipo penal, de donde exige solo dos elementos: conocimiento de los hechos y voluntad, quedando el conocimiento de la antijuridicidad comprendido como uno de los elementos de la culpabilidad. Ello se constata al leer el artículo 22 de la Ley 599 de 2.000, que señala que “la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización...”.

En hora buena, el proyecto de Código Penal Militar se pone a tono con la actual dogmática del derecho penal ordinario, aproximándose a una concepción que se corresponde con el esquema finalista, abarcando aspectos nuevos como el de la prevención general y especial y la necesidad de la pena, consagrados en el artículo 12, la incorporación de la antijuridicidad material del artículo 17, más exactamente con la inclusión de la expresión “efectivamente” que abarca una concepción diferente de este elemento de la culpabilidad.

De igual manera y conforme lo expuesto párrafos atrás, la noción de dolo adquiere otra dimensión, según el concepto que de el señala el artículo 24 del proyecto, cuyo contenido es similar al del artículo 22 del actual Código Penal.

Igualmente significativo es la inclusión de la figura del “coautor”, que no existe en el Código Penal Militar actual, lo

que de por sí da solución expresa a las inquietudes que frente al vacío en esta materia se presentan.

Respecto de la responsabilidad de los inimputables, se presenta un cambio trascendente, ya que el nuevo Código Penal Militar exigirá, para la imposición de una medida de seguridad, que la conducta sea típica, antijurídica y que se constate, además, la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad<sup>4</sup>. Al contrario de lo que sucede hoy, cuando la medida de seguridad se impone bajo la sólo condición de que se presente una conducta típica realizada por un inimputable.

Algunos de los cambios sustanciales que traerá el nuevo Código Penal Militar, que resulta trascendental dentro de la dogmática del derecho penal militar, y que exigirá un estudio concienzudo y a fondo, es un un cambio de mentalidad para su comprensión y desarrollo, de la misma forma que lo impondrá el sistema penal acusatorio en la Justicia Penal Militar.

Las causales de justificación y de inculpabilidad, quedarán agrupadas bajo un mismo artículo, bajo el título de "Ausencia de responsabilidad", de la misma forma en que están sistematizadas en el artículo 32 del Código Penal de 2.000.

Aquí se presenta otro cambio trascendente y una actualización de la teoría del error, porque la que maneja el actual Código Penal Militar esta fundada sobre el causalismo y más exactamente sobre la teoría estricta del dolo, teniendo en cuenta que tanto el error de tipo, como el de prohibición invencibles, se resuelven de una misma manera, ya que tanto el uno como el otro

afectan el juicio de culpabilidad, pues ambos están expresamente consagrados como causales de inculpabilidad (artículo 35 numerales 3 y 4 del Código Penal Militar de 1.999). Y si el error es vencible, se resuelve imponiendo la pena del delito culposo, siempre y cuando la ley lo prevea como delito culposo, porque de lo contrario, la conducta queda impune.

El actual código Penal de 2.000 y en forma similar el proyecto de Código Penal Militar, manejan una concepción totalmente distinta del error, ya que el error de tipo afecta la tipicidad y el error de prohibición, afecta la culpabilidad, cuando son invencibles. Cuando el error es vencible, se debe

diferenciar si es de tipo o es de prohibición.

El error de tipo vencible, se resuelve aplicando la pena del delito culposo, si la ley lo consagra como tal; en caso contrario, la conducta queda impune.

El error de prohibición vencible, se resuelve atenuando la culpabilidad, es decir,

imponiendo una pena menor a la mínima establecida para el correspondiente delito; en este caso ya no se impone la pena para el delito culposo, sino que se trata como un delito doloso, sólo que la pena se atenúa.

De esta forma se relacionan algunos de los significativos cambios sustanciales que dará el nuevo Código Penal Militar, los que resultan trascendentales dentro de la dogmática del derecho penal militar, que exigirá un estudio concienzudo y a fondo y que implican un cambio de mentalidad para su comprensión y desarrollo, de la misma forma que lo impondrá el sistema penal acusatorio en la Justicia Penal Militar.

4 Artículo 15, inciso 2º del proyecto.

# El derecho operacional, herramienta de legitimidad

## DE LAS FUERZAS

## MILITARES

**HUGO RIVERO RAMOS**

*Asesor Proyecto Lucha Contra la Impunidad*

**P**ara dar inicio a esta corta disertación es importante recordar con el operador judicial y militar lo expresado por la Honorable Corte Constitucional en lo que toca con la misión encomendada por el estatuto superior a las fuerzas militares:

De conformidad con la Constitución, la misión que están llamados a cumplir los integrantes de las Fuerzas Militares es de carácter instrumental, en el sentido de que se trata de cuerpos armados destinados, a la luz del artículo 217.2 superior, a la defensa de la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional cuyo soporte básico y fundamenta lo constituye la defensa y protección de los derechos humanos.<sup>1</sup>

En los términos antes descritos, es la defensa la primordial función, la cual se ve reflejada en un actuar dirigido a la confrontación de todo acto que conculque la plena eficacia de los derechos humanos, para ello el referente de mayor connotación es concerniente con el uso de la fuerza. Manifestación del poder estatal circunscrita a lo dispuesto por la constitución y la

<sup>1</sup> Sentencia C-872 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

ley, con elementos configurativos e inescindibles que aluden a la proporcionalidad y a la necesidad que permiten una ponderación limitante de la presencia de excesos.

Los elementos materia de comentario deben ser objeto de una debida motivación, análisis propio de cada caso, que permita mostrar que el grado de restricción a un derecho es directamente proporcional al fin constitucional alcanzado. Para ello es indispensable una interpretación que favorezca la armonización de los derechos en tensión.

Son las fuerzas militares el cuerpo armado del Estado que ha sido legitimado para hacer uso de la fuerza. Tal labor, efectuada en todo tiempo y lugar del territorio nacional, tiene amparo en lo dispuesto, entre otros, por los artículos 2, 93, 214 y 217 de la Constitución Política.

Disposiciones que imponen claras obligaciones susceptibles de ser asumidas

en calidad de derroteros que permiten una debida legitimidad al actuar

El cumplimiento de la función que ha sido radi-

**Legitimidad que bajo la perspectiva de lo normado encuentra un referente necesario en el llamado derecho operacional. Rama caracterizada por articular de manera dinámica los derechos y las obligaciones que les asisten a quienes tienen la facultad de participar en un combate armado.**

cada en cabeza de las fuerzas militares, las cuales mantienen el monopolio del uso legítimo de las armas, se traduce en el deber de actuar con firmeza y contundencia en procura de someter a cualquier actor que



ejerza actos atentatorios en contra del orden constitucional.<sup>2</sup> Tal actuación exige capacidad y disposición absoluta de alcanzar el cometido sin incurrir en excesos, a través de un uso racional de la fuerza que sea compatible con los derechos humanos.<sup>3</sup>

Cometido que una vez cumplido arroja como resultado indefectible la legitimidad. Legitimidad que bajo la perspectiva de lo normado encuentra un referente necesario en el llamado derecho operacional. Rama caracterizada por articular de manera dinámica los derechos y las obligaciones que les asisten a quienes tienen la facultad de participar en un combate armado.

La interpretación de lo descrito exige de la conjunción de esfuerzos en el plano de lo jurídico y lo militar. Es aquí donde la concepción de defensa, bajo el marco de un estado social de derecho, reclama una visión que combine el conocimiento de aspectos tácticos, operativos, de inteligencia, de logística que de ordinario son aplicados en lo militar y las disposiciones jurídicas aplicables a la coyuntura bajo la cual se da cumplimiento a una misión (Derecho Internacional de los Derechos

Humanos o Derecho Internacional Humanitario, según cada caso).

Con una perspectiva positiva, la articulación de derroteros jurídicos que privilegian los derechos humanos al momento de hacer uso de la fuerza. Es el instrumento normativo con que cuentan las fuerzas militares para promover una nueva visión conducente a la realización de acciones exitosas y responsables.

Para el caso colombiano, se destaca el hecho de mantener al derecho operacional como el norte que se han fijado las fuerzas militares como factor de legitimidad. Por ese camino avanzan de antaño. La labor conjunta de sus servidores han permitido la entrada en vigencia de disposiciones operacionales que asumen la garantía de los derechos humanos y la protección de las libertades fundamentales como el fin primordial de su actuar. Las directivas 10 y 19 de 2007 y la directiva permanente 300-28 de 2007 son muestra de ello.

2 Ver sentencia C-251 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Eduardo Montealegre Lynett

3 Ver salvamento de voto a la sentencia C-709 de 2002. M. Eduardo Montealegre Lynett





# El uso de la fuerza en la jurisprudencia de la

# CORTE INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS

*ANDRÉS JIMÉNEZ ÁNGEL<sup>1</sup>*

*Docente Universidad de la Sabana*

Las normas internacionales en materia del uso de la fuerza se refieren en esencia a dos dimensiones del mismo: los conflictos entre Estados, por un lado, y el mantenimiento y restablecimiento del orden público interno, por el otro. Para la segunda dimensión, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos han jugado un papel importante, señalando los límites del ejercicio del poder coactivo por parte de la fuerza pública. Para el caso latinoamericano, las normas y jurisprudencia que componen el sistema interamericano de protección de derechos humanos han venido estableciendo reglas concretas con respecto al uso de la fuerza en diferentes situaciones. Este artículo presenta brevemente los aspectos centrales de dichas reglas a partir de un balance jurisprudencial de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Los Andes (Bogotá), Maestría en Derecho Comunitario e Internacional de la Universidad de Bremen (Alemania). Profesor asistente del Área de Derecho Internacional, Comunitario y Relaciones Internacionales y miembro del grupo de investigación Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana.

## 1. Marco normativo y patrones fácticos

Las decisiones de la Corte IDH relacionadas con el uso de la fuerza por parte del Estado tienen como referente normativo tratados, convenios y declaraciones pertenecientes tanto al sistema interamericano como a normas internacionales expedidas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas. Dentro de las normas interamericanas, los dos instrumentos principales son la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1985).

el poder estatal en su manifestación coactiva tiene, para la Corte, claros límites, los cual apunta a garantizar la vigencia y efectividad de los derechos de los ciudadanos.

Estas dos convenciones son interpretadas y complementadas por la Corte IDH a la luz de diferentes instrumentos internacionales. Dentro de ellos, encontramos la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1975) y Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984) como referentes normativos generales, junto con otras normas cuyo objeto de regulación, más concreto, va desde las restricciones a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley hasta las condiciones para el tratamiento de personas reclusas:

- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1977)
- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1979)

- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (1988)
- Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1990).
- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (1990)

Este corpus normativo ha permitido a la Corte IDH dar respuestas concretas a una amplia gama de casos enmarcados en situaciones críticas de orden público, en las cuales se presentaron desapariciones forzadas, torturas, ejecuciones extrajudiciales y detenciones masivas. Vale la pena destacar que, en la mayor parte de los casos -en particular en aquellos contra los Estados peruano y guatemalteco-, las violaciones de los derechos humanos se llevaron a cabo en el marco de conflictos armados internos y en vigencia de suspensiones arbitrarias de garantías.

## 2. Las restricciones al uso de la fuerza

Reconociendo de entrada el derecho/deber de todos los Estados de preservar el orden interno y garantizar la seguridad de los ciudadanos, la Corte IDH ha sido enfática al señalar que las medidas tomadas con el fin de llevar a cabo estas tareas en ningún momento pueden poner en riesgo los derechos humanos. "Un Estado", señala este tribunal,

tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, aunque debe ejercerlos dentro de los límites y conforme a los procedimientos que



permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana<sup>2</sup>.

Así las cosas, el poder estatal en su manifestación coactiva tiene, para la Corte, claros límites, los cual apunta a garantizar la vigencia y efectividad de los derechos de los ciudadanos. En el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, este tribunal confirmó su posición con respecto a esos límites señalando que toda actuación del Estado tendiente a restablecer el orden público debe adecuarse a las normas que consagran y protegen esos derechos.

[...] al reducir alteraciones al orden público el Estado debe hacerlo con apego y en aplicación de la normativa interna en procura de la satisfacción

del orden público, siempre que esta normativa y las acciones tomadas en aplicación de ella se ajusten, a su vez, a las normas de protección de los derechos humanos aplicables a la materia<sup>3</sup>.

A partir de estas consideraciones generales con respecto al uso legítimo de la fuerza por parte del Estado, la Corte ha formulado tres requisitos que debe cumplir el recurso a la fuerza: excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

La Corte ha señalado que el uso de la fuerza por parte de los miembros de la fuerza pública sólo es legítimo una vez hayan sido agotadas todas las alternativas no violentas, sea relevante e indispensable para la restauración del orden y haya sido planeado cuidadosamente con anterioridad, de acuerdo con lo previsto en la ley y los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos. "El uso de la fuerza

2 Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 89. Ver igualmente Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 143.

3 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 240.



por parte de los cuerpos de seguridad estatales”, señala la Corte,

debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades [...] sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control<sup>4</sup>.

De mayores restricciones debe ser objeto el uso de la fuerza letal y las armas de fuego. Éste, de acuerdo con el tribunal interamericano, debe estar prohibido como regla general y solamente

4 Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 67.

recurrirse a él en los casos taxativamente previstos en la ley, tras una interpretación restrictiva de las disposiciones que autoricen a utilizarla<sup>5</sup>.

Para la Corte, argumentos relacionados con las condiciones particulares de los reclusos<sup>6</sup>, los contextos de “convulsión interna”<sup>7</sup>, las dificultades en la investigación o la lucha contra el terrorismo<sup>8</sup>, bajo ninguna circunstancia justifican el uso desproporcionado de la fuerza. En el Caso de la Masacre de Pueblo Bello, el tribunal reconoce explícitamente las dificultades derivadas del conflicto colombiano, para luego reiterar que las circunstancias particulares en las que se encuentra el país de ningún modo eximen al Estado colombiano de cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

La Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia, en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente.<sup>9</sup>

5 Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 68; Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrs. 238-240, Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrs. 83-85.

6 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 154; Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 162; Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 75.

7 Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 155.

8 Corte IDH. Caso Loayza Tamato Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 34, párr. 57.

9 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de

De esta forma, la Corte IDH ha fijado estrechos márgenes al uso de la fuerza, subrayando la imposibilidad de alegar situaciones particulares de orden público como justificación para el uso excesivo de la fuerza, incluso en casos en los que se ha pretendido legitimarlo invocando la lucha antiterrorista o conflicto interno.

### 3. Obligaciones adicionales

Además de las restricciones anotadas, la Corte IDH, siguiendo la normatividad internacional en materia de uso de la fuerza, ha establecido la obligación de tomar medidas de tipo preventivo y sancionatorio tendientes a garantizar que el uso de la fuerza se enmarque dentro de los parámetros de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

la Corte IDH, siguiendo la normatividad internacional en materia de uso de la fuerza, ha establecido la obligación de tomar medidas de tipo preventivo y sancionatorio tendientes a garantizar que el uso de la fuerza se enmarque dentro de los parámetros de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Como medidas preventivas, encontramos el deber de los Estados de ofrecer a los miembros de la fuerza pública capacitación y entrenamiento en el uso de la fuerza, particularmente en lo relativo a los límites de este último y a la protección de los derechos humanos<sup>10</sup>.

2006. Serie C No. 140, párr. 146.

10 Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 77-78; Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrs. 87 y 157.

Al reducir alteraciones al orden público el Estado debe hacerlo con apego y en aplicación de la normativa interna en procura de la satisfacción del orden público, siempre que esta normativa y las acciones tomadas en aplicación de ella se ajusten, a su vez, a las normas de protección de los derechos humanos aplicables a la materia.

Esta obligación supone la existencia de un marco normativo interno que fije taxativamente las situaciones en las cuales puede autorizarse el uso de la fuerza, los requisitos para recurrir a ella legítimamente y los mecanismos para monitorear el uso de la fuerza por parte de los agentes del orden. Con respecto a la utilización de armas de fuego y de fuerza letal, la Corte ha establecido que las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que:

a) especifiquen las circunstancias en que tales funcionarios estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; b) aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente

en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; c) prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado; d) reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones

que se les hayan entregado; e) señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego, y f) establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones<sup>11</sup>.

Como medida para garantizar que el recurso a la fuerza se mantenga dentro de los límites establecidos, la Corte ha reiterado igualmente la obligación de los Estados de investigar los casos en que el uso de la fuerza haya implicado la vulneración de los derechos humanos y sancionar a los responsables del uso excesivo de la fuerza. Dicha investigación, además, debe ser llevada a cabo siguiendo por funcionarios independientes de aquellos involucrados en los hechos<sup>12</sup>.

## Observaciones finales

Las decisiones de la Corte IDH constituyen un avance muy importante en la protección efectiva de los derechos humanos. Su jurisprudencia sobre el uso de la fuerza plantea grandes desafíos tanto a la fuerza pública como al Estado en general, ya que las restricciones en la utilización de la fuerza abarcan un espectro muy amplio de situaciones. Más allá de la discusión en torno a las dificultades en el mantenimiento y restablecimiento del orden público lo más importante es el debate en torno a la concepción misma de la fuerza como instrumento para lograr ese objetivo. La clave está, tal vez, en concebirla como un mecanismo residual para la protección de los derechos humanos de todos los ciudadanos y no como una herramienta que implique su vulneración de esos derechos.



11 Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 75.

12 Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 79-83.

# Importancia del miedo insuperable como causal de ausencia de responsabilidad en el

## CÓDIGO PENAL MILITAR

*JAVIER ELÍAS DÍAZ MARTINEZ<sup>1</sup>*

*Docente Universidad de la Sabana*

### Resumen

La inclusión del miedo insuperable como causal de ausencia de responsabilidad a partir del año 2010, en la Justicia Penal Militar, tal como lo consagra el proyecto de ley 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara “por la cual se expide el Código Penal Militar” será una gran novedad dentro de la implementación del Sistema Penal Acusatorio. El compromiso que tienen las Fuerzas Militares de Colombia, cuya finalidad primordial es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, es de vital importancia para el actual momento que vive el país y la difícil situación de orden de público, ya que las operaciones militares se dan por toda la geografía de la patria, estando los miembros de la Fuerza, en permanente riesgo de peligro, lo que conlleva a estar más cerca del conflicto armado, con sus respectivas consecuencias. La aplicación de la eximente exige examinar, en cada caso concreto si el sujeto podía haber actuado de otra forma y si se le podía exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. La reforma al Código penal Militar y principalmente esta decisión de incluir el miedo insuperable como causal

<sup>1</sup> Abogado Universidad del Atlántico, Especialista en Derecho Penal y Criminalística, Estudiante de Maestría en Derecho Procesal Universidad de Medellín-Universidad Simón Bolívar, Juez 16 de Instrucción Penal Militar. Correo electrónico javiereliasdm@hotmail.com, j16ipm@yahoo.com.

de no responsabilidad, es coherente con la situación del país, y con la lucha que contra el terrorismo libran los miembros de las Fuerzas militares, quienes serían la población beneficiada con esta medida, al reconocer la posibilidad que como seres humanos tienen de sentir miedo insuperable, en medio de las circunstancias adversas y los actos terroristas que les toca enfrentar en razón de su ejercicio profesional.

## Palabras clave

Miedo, miedo insuperable, Derecho constitucional, ausencia de responsabilidad, justicia penal militar.

## Introducción

A partir del año 2010 el Sistema Penal Acusatorio se implementará en la Justicia Penal Militar. Las características del Sistema Penal Acusatorio llevarán la Justicia Penal Militar, hacia una justicia más eficaz, eficiente, ágil y pronta, la oralidad agiliza el procedimiento, de manera que las diligencias se surtan con prontitud, sin dilación alguna. Se espera que este procedimiento garantice la idoneidad de las decisiones judiciales con todas las garantías constitucionales y legales, destacándose en este aspecto, la figura del Juez Penal Militar Control de Garantías y de las nuevas funciones que asumirá el Fiscal Penal Militar y la Policía Judicial, como ente adscrito a la Fiscalía General Penal Militar.

La implementación del sistema acusatorio en la Jurisdicción Penal Militar, luego que se surta la revisión por parte de la Corte Constitucional, hace necesario realizar un trabajo sobre el modelo de procedimientos que se deben agotar para el adecuado adelantamiento de las investigaciones surgidas, de conductas que puedan constituir la comisión de punibles típicamente militares.

El esquema procesal que se implementará en la jurisdicción penal militar, no se aparta del que se viene aplicando en la jurisdicción penal ordinaria, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, por lo cual es importante tener en cuenta la experiencia acumulada en esa institución, y estudiar concienzudamente la posición que la jurisprudencia constitucional y penal viene mostrando en sus fallos.

## DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL MIEDO INSUPERABLE

### Miedo insuperable

Se define como la circunstancia eximente de responsabilidad penal, recogida en el Código Penal y que se enuncia "El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor", y definido por la jurisprudencia como choque psíquico que sufre el agente, producido por un riesgo tan grave, inminente e inevitable que constituya una fuerte coacción exterior y obrando sobre la voluntad le obligue por imperativo inexcusable del instinto de conservación a agredir ante la imposibilidad de hallar a su alcance ningún otro medio.

El miedo, según el diccionario de la academia, es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario; "recelo o aprensión que uno tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que se desea". Condición que puede alterar la conducta del sujeto dependiendo de su intensidad, del grado que alcance el estado emocional.

La reforma al Código penal Militar y principalmente esta decisión de incluir el miedo insuperable como causal de no responsabilidad, es coherente con la situación del país, y con la lucha que contra el terrorismo libran los miembros de las Fuerzas militares.





Las fases del miedo según el tratadista Emilio Mira y López son: a.- Prudencia: Donde el sujeto se muestra cauto, reflexivo, no quiere entrar en conflicto; b.- Cautela: Aunque el sujeto siente temor tiene manejo de la situación y de sus movimientos; c.- Alarma: El sujeto ya es consciente de la situación amenazante, existe gran desconfianza, su conciencia y prospección disminuyen; d.- Angustia: El individuo pierde el control, está ansioso y angustiado, hay mezcla de temor y furor incontenibles, aparece la cólera; e.- Pánico: El individuo no actúa con conciencia y dominio, escasamente se da cuenta de lo que ocurre y realiza; f.- Terror: Es el grado máximo de intensidad del miedo, existe una anulación del individuo, solo conserva las actividades neurovegetativas mínimas para subsistir, pero no hay vida psíquica y puede llegar hasta la muerte.

A través de pronunciamientos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en el proceso 18983 Magistrado Ponente Jorge Anibal Gómez Gallego, expresa que: "Dependiendo de la fase emocional que logre el sujeto, la conducta se verá afectada en distintos grados y por consiguiente son diversas las consecuencias jurídicas, según si se encuentra en una situación en la que no puede exigírsele un comportamiento distinto al desplegado, caso en el cual el estado emocional podrá incidir en el ámbito de la culpabilidad, o si definitivamente se altera la capacidad mental, caso en el cual se afectará el ámbito de la imputabilidad".

Uno de los aspectos destacados por la referida Corte para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad es:

El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres".

Esta situación de insuperable, deriva de una situación superior a la exigencia media de soportar males y peligros.

### **Importancia del miedo insuperable como eximente de responsabilidad**

El artículo 32 de la Ley 599 de 2000, en su numeral 9º dice que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando se obre impulsado por miedo insuperable.

En el texto conciliado al proyecto de ley 111 de 2006 senado, 144 de 2005 cámara "por la cual se expide el código penal militar" consagra en su artículo 33 numeral 9º el miedo insuperable como causal de ausencia de responsabilidad.

Se tiene gran expectativa entre los funcionarios de la Justicia Penal Militar, sobre la reforma del ordenamiento penal castrense, que incluye aplicación del miedo insuperable, como una causal de ausencia de responsabilidad, ya que en el actual Código Penal Militar, ley 522 de 1999, las causales de justificación son:

La aplicación de la eximente exige analizar, en cada caso concreto si el sujeto podía haber actuado de otra forma y si se le podía exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo.

- Cuando se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
- Cuando se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
- Cuando se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
- Cuando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Es oportuno indicar que la aplicación del miedo insuperable puede afectar la manera de juzgar ciertos delitos, como es el caso de los delitos contra el honor, entre ellos el de cobardía (Artículo 117 en el Proyecto de reforma al Código Penal Militar). La descripción típica dice "El que en zonas o áreas donde se cumplan operaciones de combate o en presencia del enemigo o de delincuentes huya o de cualquier modo eluda su responsabilidad de tal manera que afecte al personal de la Fuerza Pública, incurrirá por esta sólo conducta en prisión de tres (3) a seis (6) años". Si como consecuencia de la conducta sobreviniere la derrota, la pena se aumentará hasta en la mitad.

Este delito se tipifica cuando el agente que despliega la conducta huye o elude su responsabilidad "en zonas o áreas donde se cumplan operaciones de combate o en presencia del enemigo o de delincuentes", siempre y cuando con su conducta afecte al personal de la fuerza pública, así como lo manifestó la Corte Constitucional, mediante sentencia C-228 del 18 de marzo de 2003, en la cual indicó que para que se cumpla la tipicidad efectivamente es necesario que se afecte el personal de la fuerza pública.

Hay varios factores que examinar, uno de ellos es que el procesado haya podido sentir miedo al momento de acontecer los eventos, por lo que

se hace necesario tener dentro del plenario un dictamen psicológico y hasta psiquiátrico, con el fin de establecer

su estado de ánimo en el momento de desplegar la conducta que se investiga, así mismo, es indispensable aportar los cursos militares y entrenamiento recibido por el procesado, como quiera que puede ser producto de la conducta desplegada por el militar, factores como un precario entrenamiento que no comprometa a la realidad del área de operaciones al militar o que por lo menos lo acerque. Todos esos factores y circunstancias deberán ser identificados por el instructor en el caso concreto para darle al militar procesado el tratamiento jurídico adecuado, conforme a las normas que precaven esa eventualidad, tales como la fuerza mayor, prevista como causal de inculpabilidad en el artículo 33 del proyecto de ley. 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara "por la cual se expide el Código Penal Militar, excluyente de responsabilidad, o por un "temor intenso" o miedo insuperable causal de ausencia de responsabilidad.

Requiere la aplicación de esta eximente los siguientes presupuestos:

- La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto;
- Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado;
- Que el miedo sea insuperable, esto es invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas y pusilánimes;
- Que el miedo sea el único móvil de la acción. (3220, de 24 de febrero (La ley 45545/2000)<sup>2</sup>.

2 RODRIGUEZ RAMOS, Luis. Código Penal Comentado y con jurisprudencia, 2º edición, La Ley, grupo Wolters Kluwer, pág. 94.

Quién actúa en el estado subjetivo de temor, mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues es miedo no requiere de una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado, de tal manera que el sujeto actúa típicamente por hallarse sometido a una situación derivadas de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe seguir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real seria e inminente, y su valoración ha de realizarse desde la perspectiva de una persona media, que es la perspectiva que debe utilizarse como baremo para comprobar la superabilidad del miedo. (2067, de 13 de diciembre (La ley 752 /2003).<sup>3</sup>

La aplicación de la eximente exige analizar, en cada caso concreto si el sujeto podía haber actuado de otra forma y si se le podía exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicará la eximente y si por el contrario, existen elementos objetivos que permitan establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aun reconociendo la presión de las circunstancias, podrá apreciarse la eximente incompleta.

Por todo lo anteriormente expuesto se considera un avance importante equiparar las causales de ausencia de responsabilidad en la Jurisdicción Penal Ordinaria y en la Justicia Penal Militar. Esta me-

didada permite un trato igualitario a los miembros de las Fuerzas Armadas, que pese a su condición y a que se espera que posean el valor agregado de estar preparados para enfrentar situaciones de peligro, pueden encontrarse en tales situaciones que exceden los límites de lo que un ser humano puede soportar sin caer en un pánico, que afecte su capacidad de evaluar la situación y tener las reacciones esperadas dentro del estándar que se considera normal en la actividad castrense.

La reforma al Código Penal Militar y principalmente esta decisión de incluir el miedo insuperable como causal de no responsabilidad, es coherente con la situación del país, y con la lucha que contra el terrorismo libran los miembros de las Fuerzas militares, quienes serían la población beneficiada con esta medida, al reconocer la posibilidad que como seres humanos tienen de sentir miedo insuperable, en medio de las circunstancias adversas y los actos terroristas que les toca enfrentar en razón de su ejercicio profesional.

## BIBLIOGRAFÍA

EMILIO MIRA Y LÓPEZ. "Cuatro Gigantes del alma", 7a ed., Buenos Aires, 1969

Corte Constitucional, sentencia C-228 del 18 de marzo de 2003.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. Código Penal Comentado y con jurisprudencia, 2º edición, La Ley, grupo Wolters Kluver, pág, 94.

Ley 522 de 1999 Código Penal Militar

Ley No. 111 de 2006 senado, 144 de 2005 cámara "Por la cual se expide el Código Penal Militar".

Ley 599 de 2000.

Ley 600 de 2000.

Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en el proceso 18983 Magistrado Ponente JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.

<sup>3</sup> Ibid. Pág. 94

# El subrogado de la libertad condicional en el Código Penal Militar y en la Ley 111 de 2006

*Mayor JAVIER GONZÁLEZ GUTIÉRREZ*

*Juez 148 de Primera Instancia Policía Nacional*

Como su nombre lo sugiere, la libertad condicional está relacionada con la persona que se halla en estado de privación de la libertad cumpliendo una condena. Y consiste en que el interno, cuando llega a un cierto tiempo del cumplimiento de la pena que establece la ley, se le suspende el resto de la ejecución, siempre y cuando cumpla con unos compromisos que se le imponen durante un lapso y si los acata, entonces se le condona el tiempo que le restaba para finiquitar la sanción que en la sentencia se le impuso.

La certificación de la buena conducta en el establecimiento carcelario, se hace por intermedio del consejo de disciplina, la cual emite resolución favorable o desfavorable a la libertad condicional. Elevada la petición de libertad condicional, el juez dará cumplimiento a lo establecido en la ley a tal propósito. Si se reúnen los requisitos para otorgarla, la concede, caso contrario, la niega.

Este instituto jurídico denominado “subrogado penal”, se encuentra consagrado en el artículo 75 de la Ley 522 de 1999 “Código Penal Militar” aún vigente, así: “El juez concederá la libertad condicional al condenado a la pena de arresto mayor de tres (3) años o la de prisión que exceda de dos

(2), cuando haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social”.

Se concede este beneficio cuando el condenado ha cumplido parte de su pena, ha demostrado buena conducta en el penal y llena otros requisitos. Se realiza por el operador judicial en la sentencia o en providencia posterior a ella, previa imposición de las obligaciones del artículo 72 del CPM, garantizada mediante caución juratoria o prendaria, dependiendo de la capacidad económica del enjuiciado.

Realizada la precisión conceptual de este subrogado penal de la “Libertad Condicional”, es del caso referir que tanto en la jurisdicción penal ordinaria como militar, se negaba cuando se trataba de penas de arresto inferiores a tres años o de prisión que excedieran de dos años, situación ostensiblemente desigual o atentatoria del principio de “Igualdad” que pregona la Carta Política (Art. 13) y desarrolla el Código Penal ordinario (Art. 7°), el Código de Procedimiento Penal (Art. 5°.) o el castrense en el artículo 13.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-806 de 2002 con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, al revisar el contenido del instituto jurídico del subrogado de la libertad condicional, prevista en el artículo 64 del Código Penal ordinario, declaró inexecutable la expresión “mayor a tres (3) años”, al considerar que afectaba el artículo 13 de la Constitución Nacional, al excluir otros delitos con punibilidad igual o inferior a los topes que establecía la norma referida.

El mismo contenido declarado inexecutable en la jurisdicción penal ordinaria, era el que con-

sagra el estatuto punitivo castrense, pero a pesar del pronunciamiento del máximo tribunal constitucional, algunos operadores judiciales de la justicia especial, se negaban a concederlo en toda clase de delitos, entre ellos los que atentan contra bienes jurídicos como la disciplina, el servicio, etc., invocando entre otros argumentos la especificidad de materia del Código Penal Militar.

Respecto de la Jurisdicción penal militar, se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia en sala de casación penal, en sentencia del 22 de Septiembre de 2007 con ponencia del Magistrado Mauro Solarte Portilla y al revisar una demanda de casación, de una sentencia del Tribunal Superior Militar, concluyó que la expresión “Pena de arresto mayor de tres (3) años o la de prisión que exceda de dos (2) años” contenida en el artículo 75 del Código Penal Militar resulta inaplicable, por cuestiones de constitucionalidad, a casos sometidos a la Justicia Penal Militar.

A juicio del alto tribunal en lo penal, el límite temporal que establece el Estatuto Penal Castrense actual, en el referido artículo 75, como el que contenía el Código Penal ordinario en el artículo 64, hacen evidente una “Clara situación de inequidad” en la medida en que a los condenados a penas iguales o inferiores a tres años de arresto o a dos años de prisión, se les obliga a cumplir la totalidad de la pena, mientras que a los condenados a penas mayores a los topes mencionados, sí se les concede el beneficio de la libertad condicional al cumplir las tres quintas partes de la pena.

Dijo la Corte Suprema de justicia, que el hecho de que el Código Penal Militar sea “especial” y “autónomo” no justifica que la decisión de inexecutable parcial del artículo 64 declarada por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-806

de 2002, no se aplicara a procesos sometidos a la Justicia Penal Militar, en la medida en que no se estaba discutiendo la aplicación del principio de integración entre dicho estatuto y el ordinario, sino la aplicación de postulados constitucionales, de obligatorio cumplimiento.

En consecuencia, a partir de las Sentencias: C-806 del 031002 de la Corte Constitucional y 23896 del 220907 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los Jueces de Ejecución de Penas y Tribunal Superior Militar o Jueces de Primera Instancia en la Justicia castrense, deberán conceder el subrogado de libertad condicional, en todos los delitos, sin importar que la condena sea igual o inferior a tres años de arresto o a dos años o menos de prisión, y deberá cumplir en materia castrense, eso sí con los demás requisitos a saber: Que haya cumplido las tres quintas partes de la condena, que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social. Al beneficiado con el subrogado, se le impondrá las obligaciones del artículo 72 del CPM, las cuales se garantizarán mediante caución.

Considero importante traer a colación, que el nuevo sistema penal acusatorio, flexibilizó el régimen de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, los requisitos para que un reo pueda acceder a la libertad condicional, en adopción de una política criminal legislativa tendiente a echar por la borda, remanentes de un decimonónico peligrosismo que persistían en la derogada legislación penal, los cuales contrariaban el contenido y espíritu de un derecho penal de acto, que emanaba del principio rector de culpabilidad, reforzado ahora por el advenimiento del Estado democrático y social de derecho, constituido en la Carta Política de 1991 en su artículo 29, específicamente se puede observar

como se acortó el lapso de purgamiento efectivo de privación de ese derecho (3/5 partes) y, de otra, en que sólo se permite valorar la conducta observada por el interno durante el tiempo de reclusión, a fin de deducirse que no es menester continuar con la ejecución de la pena (Ley 599/2000 arto 64), en tanto una legítima y proporcional retribución justa que persigue la sanción, es la respuesta del Estado-jurisdicción o conductas que socavan o ponen en serio peligro bienes esenciales o vitales a la sociedad, mas no a la historia personal del individuo, a su manera de ser, a su carácter. (CSJ, Caso Penal, Sentencia del 250402, Rad. 16837. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

En el recién aprobado Código Penal Militar, que entra a regir el primero de enero de 2010 y que adopta el sistema acusatorio, en el artículo 64 se hace referencia a este subrogado en forma similar a como está consagrado en el Código Penal ordinario (mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad), pero con la diferencia en que éste exige haber cumplido con las dos terceras partes de la pena impuesta, mientras que el castrense las tres quintas partes, resultando menos favorable en el lapso de purgamiento efectivo de privación de la libertad, pero en todo caso se le abona el esfuerzo por buscar entrar en consonancia con postulados de la moderna política en materia criminal.



# El Árbol de Valores de la Justicia Penal Militar

Más que una herramienta, el Árbol de Valores es un eje fundamental para promover un cambio cultural acorde a las necesidades de las Jurisdicción. Partimos de la comprensión de que la Justicia Penal Militar esta avocada al cambio, y que el verdadero cambio está en la posibilidad de alinear nuestros valores personales con los de la institución, dado que éstos y las creencias sustentan nuestro comportamiento personal y organizacional.



Para alcanzar el sueño de la Justicia Penal Militar que todos queremos, la Dirección ha planteado un proyecto de valores institucionales como soporte de la cultura organizacional que requerimos para alcanzar esta visión. Dimensionar una administración por valores, es una necesidad que estimula a repensar la manera como se ha venido administrando y obteniendo los resultados que hoy tiene la institución, además, es la forma de ponderar el nivel de responsabilidad social que tiene la organización frente al Estado Colombiano.

Tras convocar la participación “voluntaria y decidida” de cada uno de los integrantes de la Institución, se llevaron a cabo varios talleres en siete ciudades del país, éstos contaron con el 82% de los funcionarios de la Institución ubicados en distintos cargos y niveles jerárquicos.

La validación de los resultados obtenidos se dio en dos seminarios denominados “Ética y Responsabilidad Judicial” realizados con el Instituto PENSAR de la Universidad Javeriana; allí se tuvo como resultado la consolidación de 7 valores que son los que hoy conforman nuestro Árbol de Valores de la Justicia Penal Militar. Justicia, Respeto, Compromiso, Responsabilidad, Ambiente de Comunicación, Honestidad y Autonomía.

Hoy todos podemos estar orgullosos del trabajo realizado, “Vivenciar nuestros valores: Un cambio que deja huella” y por nuestro código de ética que recoge siete valores con los que debemos empezar a creer para lograr una organización de alta calidad.

Ya hemos dado el primer paso, ahora el reto continúa. Es el momento de interiorizar y apropiar los valores institucionales y hacer de este símbolo y esta metáfora una forma de vida que transforme nuestras acciones y nos permita apostarle a un mejor mañana.

Leo Joaquín Rojas  
Psicólogo Dirección Ejecutiva

**Vivenciar nuestros valores: Un cambio que deja huella**  
Campaña institucional 2009



# Árbol de Valores

Justicia Penal Militar



Vivenciar nuestros valores:  
Un cambio que deja huella

Campaña Institucional 2009