



AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

Bogotá, D.C., diciembre de 2021

Doctor

GERMÁN VARÓN COTRINO

Presidente de la Comisión Primera Constitucional Permanente
Senado de la República
E.S.D

Asunto: Informe de ponencia para primer debate en primera vuelta al Proyecto de Acto Legislativo No. 009 de 2021 Senado. ***“Por medio del cual se reforma el Fuero Penal Militar y se dan garantías de un tribunal independiente, imparcial y competente”***

Apreciado señor presidente:

Cumpliendo con la honrosa designación recibida de la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, rindo informe de ponencia para primer debate en primera vuelta al Proyecto de Acto Legislativo de la referencia.

Cordialmente,

TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ
Senador de la República.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo Congreso CRA 7 No 8-68.
Tel: 3823469-3823471
Oficina 205B



AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

INFORME DE PONENCIA POSITIVA PARA PRIMER DEBATE EN PRIMERA VUELTA AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 009 DE 2021 SENADO.

“Por medio del cual se reforma el Fuero Penal Militar y se dan garantías de un tribunal independiente, imparcial y competente”

I. Antecedentes

Origen: Congresional.

Autores: H.S IVAN CEPEDA CASTRO, ANTONIO ERESMID SANGUINO PAEZ, JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA, WILSON NEBER ARIAS CASTILLO, FELICIANO VALENCIA MEDINA, ALEXANDER LOPEZ MAYA, IVAN MARULANDA GOMEZ, GUSTAVO BOLIVAR MORENO, TEMISTOCLES ORTEGA NARVAEZ, ARMANDO ALBERTO BENEDETTI VILLANEDA, GUILLERMO GARCIA REALPE, ANDRES CRISTO BUSTOS, ANGELICA LOZANO CORREA, AIDA YOLANDA AVELLA ESQUIVEL, JUAN LUIS CASTRO CORDOBA, JOSE AULO POLO NARVAEZ, ALBERTO CASTILLA SALAZAR, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, ROOSVELT RODRIGUEZ RENGIFO, H.R. MARIA JOSE PIZARRO RODRIGUEZ, CESAR PACHON ACHURY, CARLOS GERMAN NAVAS TALERO, DAVID RACERO MAYORCA, INTI RAUL ASPRILLA REYES, JUAN CARLOS LOZADA VARGAS, MAURICIO ANDRES TORO ORJUELA, LEON FREDY MUÑOZ LOPERA, ALEJANDRO CARLOS CHACON CAMARGO, WILMER LEAL PEREZ, ABEL DAVID JARAMILLO LARGO, KATHERINE MIRANDA PEÑA, FABIAN DIAZ PLATA, JOHN JAIRO HOYOS GARCIA.

Proyecto radicado el 20 de julio del 2021 y publicado en la Gaceta del Congreso No. 999 del 13 de agosto del 2021.

II. Objeto del proyecto

El proyecto de Acto Legislativo modifica el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia sobre Fuero Penal Militar con el fin de garantizar que las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario cometidas por los miembros de las Fuerzas Militares sean juzgadas por la justicia ordinaria. Lo anterior en consonancia con la jurisprudencia nacional y las recomendaciones recibidas por organismos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto las conductas cometidas por los miembros de las Fuerzas Militares en servicio y en relación con el servicio que no impliquen violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario serán del conocimiento de la Justicia Penal Militar.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo Congreso CRA 7 No 8-68.
Tel: 3823469-3823471
Oficina 205B

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

Así mismo, teniendo en cuenta la naturaleza civil de la Policía Nacional, el Proyecto de Acto Legislativo establece que los crímenes eventualmente cometidos por agentes adscritos a esta institución sean de conocimiento exclusivo de la justicia ordinaria.

III. Contenido del Proyecto de Acto Legislativo

El Proyecto de Acto Legislativo contiene un único artículo que modifica el artículo 221 de la Constitución Política¹, cuyo tenor literal es el siguiente

ARTÍCULO 1. Modifíquese el artículo 221 de la Constitución Política, el cual quedará así:

ARTÍCULO 221. De las conductas punibles, que no impliquen violaciones a los derechos humanos o delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, cometidas por los miembros de las Fuerzas **Militares** en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

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

La Justicia Penal Militar será independiente del mando de las Fuerzas Militares.

¹ ARTICULO 221 - vigente. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

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

La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

Parágrafo: Las conductas punibles cometidas por los miembros de la Policía Nacional serán siempre conocidas por la justicia ordinaria.

La modificación al artículo 221 Superior tiene por finalidad limitar la competencia de la justicia penal militar, a cargo de las cortes marciales o los tribunales militares, para la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por los miembros de las Fuerzas Militares², en servicio activo y en relación con el mismo servicio (competencia funcional), y por lo tanto excluir de su conocimiento las conductas punibles que impliquen violaciones a los derechos humanos en el marco de referencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -DIDH y a los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario -DIH, los cuales serán investigados y juzgados por la justicia penal ordinaria. Lo anterior, en correspondencia y acatamiento a las recomendaciones recibidas por los organismos internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de las Cortes internacionales, y la jurisprudencia nacional.

El inciso segundo del artículo propuesto señala que en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de las fuerzas militares, en relación con el conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán, además de las normas del Derecho Internacional Humanitario, las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Se incluye un parágrafo para precisar que, “[L]as conductas punibles cometidas por los miembros de la Policía Nacional serán siempre conocidas por la justicia ordinaria”, ello en razón de la naturaleza civil de la policía nacional y su función constitucional eminentemente preventiva con el fin de evitar que el orden público sea alterado, conforme se sustenta en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa.

En los demás, el texto del artículo 221 de la Carta Política se mantiene vigente.

IV. Consideraciones de la ponencia.

1. Introducción

En los ordenamientos jurídicos existen diversos institutos que regulan el ejercicio de determinadas funciones públicas u oficiales que en algunos casos gozan del privilegio de la inmunidad o de prerrogativas especiales en relación con la investigación y sanción de conductas específicas; ello como excepción al principio demo-liberal de juzgamiento en igualdad de condiciones. Una de estas instituciones es el *aforamiento*, entendido como un

² Se sustituye la denominación de fuerza pública que incluye el artículo 221 de la Constitución Política vigente.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

fenómeno procesal que permite alterar las reglas de competencia objetiva, funcional y territorial, y la asignación de competencia para investigación y juzgamiento a un tribunal especializado. Uno de estos eventos es el del *fuero penal militar*, conforme al cual los miembros de la fuerza pública, cuando cometen delitos relacionados con el servicio castrense son investigados y fallados por cortes y tribunales militares con arreglo al Código Penal Militar³

El debate del fuero penal militar es de gran importancia, máxime si se tiene en cuenta que esta institución tiene antecedentes profundos en la historia de nuestra civilización. En lo relacionado con nuestro ordenamiento jurídico, el Fuero Penal Militar se remonta a Decreto Real de Carlos III, expedido el 9 de febrero de 1793 (Dulce Pereira 2018 p. 16), que se incorporó en las Leyes de Indias. El Decreto Real ordenaba a las autoridades civiles remitir a las militares aquellos expedientes relacionados con la guerra. El derecho militar Español introduce disposiciones militares, como la asignación de competencias penales castrenses a oficiales con funciones judiciales, junto con la Real Audiencia, los cabildos y los alcaldes.

El Fuero Penal Militar se consignó en las constituciones para el Estado de Cundinamarca de 1811, República de Cundinamarca de 1812 y Cartagena de Indias de 1812. En el artículo 46 de la Constitución de 1811 se plasmó una excepción al régimen penal ordinario para los soldados, quedando en *su fuerza y vigor* la Ordenanza que los rige. La Institución del Fuero Penal Militar se incluye en las Constituciones de 1821, 1886 y la vigente de 1991. También aparece la institución desarrollada en varios actos legislativos, leyes y decretos, en especial en el contenido de los diversos Códigos Penales Militares, como la Ley 522 de 1999 y la Ley 1407 de 2010 actual Código Penal Militar. En estos ordenamientos jurídicos se fueron estructurando y desarrollando las instituciones de la justicia penal militar, como corresponde a la creación de las Cortes Marciales y los Tribunales Militares; la tipificación restrictiva de los delitos que integran el Código Penal Militar, la regulación del procedimiento penal militar; la determinación del alcance del Fuero Penal Militar, que cobija a los miembros de la fuerza pública en servicio activo, en relación con el servicio y excluye el juzgamiento de civiles por tribunales militares, los delitos comunes como el de la tortura y las graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario (Peña Velásquez, 2012, p.44 a 50).

La Constitución Política de 1991 trata la institución del fuero penal militar en cuatro artículos. En el artículo 116 se incluye a la Justicia Penal Militar como autoridad pública que administra justicia. El artículo 216 señala que la fuerza pública está integrada por las fuerzas militares y la policía nacional y precisa que las fuerzas militares están constituidas por el ejército, la armada y la fuerza aérea. Las fuerzas militares tendrán como prioridad la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.

³ Cfr Dulce Pererira Carlos Alberto: *el Fuero Penal Militar en Colombia: Pasado, Presente y Futuro*, Palma Arismendi Editor, Bogotá 2018, Prólogo.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

El artículo 221 se refiere a la integración de la Fuerza Pública, de la que hacen parte la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, integradas a su vez, por el ejército, la armada y la fuerza aérea. Finalmente, en el artículo 250 se establece que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento; no obstante, se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

El debate sobre la conveniencia o no de mantener el instituto del fuero penal militar tiene diversos puntos de vista. Los que están en favor de su existencia argumentan que es necesario que a los militares y policías los juzguen sus propios jueces, por tener formación suficiente para valorar sus conductas, y particularmente el derecho operacional⁴. Cuestionan que la justicia ordinaria opera en relación con los militares de manera parcializada y sus jueces son legos en asuntos de la *operación militar*.

Se plantea en contra del mantenimiento del fuero militar que la justicia penal militar es incompetente y parcializada, fomenta la impunidad y carece de la objetividad suficiente para adelantar la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en relación con el servicio, por ser a su vez juez y parte. Por lo tanto, en la medida en que la sociedad humana evoluciona, se hace necesario consolidar un nuevo modelo de Justicia Militar que responda tanto a las necesidades funcionales de las fuerzas militares, a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho de guerra y a los principios e instituciones que edifican los Estados democráticos.

La Justicia Penal Militar en su desarrollo histórico ha pasado de estar adscrita a los ejércitos o en la estructura de la rama ejecutiva del poder público, cimentada en el mantenimiento de la disciplina, la obediencia, el honor, la defensa del servicio y las operaciones militares, hacía una justicia más especializada e independiente, ajustada a los modelos de los Estados democráticos contemporáneos, entendida como derecho tanto de los miembros de la fuerza pública como de las víctimas y protectora de bienes jurídicos más esenciales y amplios que los exclusivamente militares (Dulce Pereira, 2018, introducción).

⁴ El decreto 124 de 2014, reglamentario de la Ley 1698 de 2013, por la que se crea el sistema de defensa técnica y especializada para miembros de la fuerza pública, define el derecho operacional como “la integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario al planeamiento, ejecución y seguimiento de las operaciones, operativos y procedimientos de la Fuerza Pública. (Presidencia de la República de Colombia, 2014, art. 4. El derecho operacional tiene estrecha relación con el DIH, pero no son equivalentes, pues el Derecho operacional regula el uso de la fuerza, la conducción de hostilidades, las reglas de enfrentamiento y el ambiente operacional, en cuanto al uso de métodos y medios por parte de la fuerza pública, dentro del conflicto armado y por fuera de él, en períodos de transición y en tiempos de paz; mientras que el otro aplica solo cuando ocurren enfrentamientos armados. Al respecto cfr (Jimenes Reina *et al* 2021)

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

En este informe de ponencia, en primer lugar se hará referencia a las justificaciones de la modificación al artículo 221 del Estatuto Superior desarrolladas en la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo. En segundo lugar se realizará un análisis a dos sentencias hito sobre el tema, la C - 084 de 2016⁵ sobre Fuero Penal Militar y la C - 444 de 1995⁶ sobre Fuero Penal Policial, y se incluirá para cada una de las temáticas la posición de este ponente con el fin de justificar la reforma al artículo 221 Constitucional.

La Sentencia C-084 del año 2016 decidió la demanda de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2015, que modificó el artículo 221 de la Constitución Política, hoy en día norma vigente. El estudio de esta providencia es pertinente porque el cargo en la demandada de inconstitucionalidad consistió en que la aplicación exclusiva del Derecho Internacional Humanitario a la investigación y juzgamiento de las conductas punibles atribuidas a los militares y policías en servicio activo, genera una exclusión implícita del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con lo cual se sustituye el elemento definitorio de la Carta Política sobre el “deber estatal de investigar y juzgar las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH y la aplicación complementariamente del DIH y el DIDH”.

La Sentencia C-444 de 1995 decidió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 114 del Decreto -Ley 041 de 1994 sobre normas de carrera del personal de la Policía Nacional y los artículos 14, 352, 353, 355 del Decreto Ley 2550 de 1988, antiguo Código Penal Militar, relacionados con la atribución de competencias a miembros oficiales de la Policía para conocer de los delitos cometidos por miembros de rango inferior, en servicio y en relación con el servicio. Este fallo es concerniente porque establece con claridad que existe una contrariedad entre, de una parte, la naturaleza civil de la Policía Nacional y su función eminentemente preventiva y, de otra parte, la extensión a su favor del fuero que corresponde a las Fuerzas Militares, que se rigen por la disciplina castrense y su función relacionada con la defensa de la soberanía, la integridad del territorio y el orden constitucional, pero que tal anomalía no puede ser corregida por la Corte Constitucional por carecer de competencia para ello, conforme a lo establecido en el artículo 241 de la Carta Política, sino mediante una reforma constitucional, que determine la idoneidad del artículo 221 vigente, labor que se pretende adelantar con la presente iniciativa de Acto Legislativo.

2. Exposición de Motivos.

Con el fin de justificar la modificación del artículo 221 de la Constitución Política en la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo se consideraron y desarrollaron los

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-084 del 24 de Febrero de 2016, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-444 del 4 de octubre de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

siguientes temas: 1) Los numerosos instrumentos internacionales vinculantes para Colombia sobre Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario; 2) Los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario no tienen relación con el servicio; 3) Existe simultaneidad y complementariedad entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH); 4) El carácter excepcional y restrictivo de la Jurisdicción Penal Militar; 5) Esfera de intervención de la Jurisdicción Penal Militar: la limitación material, temporal y personal de la Jurisdicción Penal Militar; 6) Derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente; 7) La naturaleza civil de la policía entraña una competencia única de la justicia ordinaria; 8) La experiencia comparada.

2.1. Tratados internacionales con fuerza vinculante.

Existen numerosos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan al Estado colombiano, entre otros el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - PIDCP y la Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH, que le imponen la obligación general de respetar y garantizar sin discriminación los derechos reconocidos en tales tratados a las personas que están bajo su jurisdicción⁷. Los órganos estatales deben abstenerse de realizar conductas que vulneren los derechos humanos de los ciudadanos y habitantes del territorio nacional y por lo tanto tomará las medidas necesarias para asegurar el pleno goce de los derechos y libertades fundamentales. De esta manera se establece el deber específico para el Estado de prevenir, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (art. 14 del PIDCP), las garantías judiciales (art. 8 de la CADH) y el reconocimiento al debido proceso para las partes intervinientes. La garantía del debido proceso se materializa en el derecho de los intervinientes, incluidas las víctimas, para acceder a un tribunal independiente, imparcial y competente.

En el Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1998, en relación con la garantía de independencia en los jueces y abogados⁸, verificó que “*la jurisdicción militar es una de las razones principales de la impunidad en Colombia*”, ello por su falta de imparcialidad e independencia. De igual manera el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que la exclusión del conocimiento de las violaciones a los derechos humanos cometidas por los miembros de los cuerpos

⁷ En diferentes oportunidades, la Corte Constitucional ha reconocido que estos tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad. Cfr., entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-401 de 2005, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y C-355 de 2006, MM.PP.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández

⁸ Informe del Relator Especial sobre la Independencia de Jueces y Abogados sobre la visita a Colombia E/CN.4/1998/39/Add.2

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

policiales en cabeza de un órgano independiente ha contribuido a la creación de un clima de impunidad, en razón que el cuerpo estamental de la Policía Nacional está fundado en los principios de lealtad y subordinación⁹.

2.2. Los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario no tienen relación con el servicio.

El Derecho Internacional Humanitario -DIH, tiene por finalidad limitar los efectos de los conflictos armados en los derechos de las personas, especialmente el derecho a la vida y a la integridad física. Su pretensión mayor es la protección de las personas que no participan en las hostilidades y la limitación de los medios y métodos de guerra. Su propósito es mitigar el sufrimiento humano en la guerra¹⁰, estableciendo límites para proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades y, además, protege ciertos bienes, especialmente las infraestructuras que garantizan el suministro de servicios públicos esenciales como el agua. El DIH es por esencia protector y preventivo y busca que no se presenten acciones inhumanas que afecten a quienes no participan en las hostilidades, limitando a las partes en el uso de métodos y medios crueles y desproporcionados durante la guerra. Su aplicación es concomitante a las hostilidades¹¹.

En criterio de la Corte Constitucional *“las reglas del derecho internacional humanitario son hoy, -por voluntad expresa del Constituyente-, normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son “en todo caso” como lo señala significativamente la propia Carta”*¹².

La Corte Constitucional ha señalado que las violaciones a los derechos humanos y a las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario no guardan relación con la función constitucional de las fuerzas militares, por lo que su investigación y juzgamiento no lo debe adelantar la justicia castrense. De acuerdo con la Corte, *“el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada”*¹³, lo que ocurre con las graves infracciones al DIH, por lo que su investigación y juzgamiento debe corresponder a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de las fuerzas militares. En relación con las

⁹ Observaciones finales - Sri Lanka, de 23 de julio de 1995, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.56, par. 15; Observaciones finales - Belarús, de 19 de noviembre de 1997, documento CCPR/C/79/add.86, par. 9.

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párrafo 159

¹¹ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párrafo 70

¹² Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-357 de 1997. M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

infracciones al DIH, cuya tipificación se hace en el Título II del Código Penal, los operadores de la Justicia Penal Militar no pueden ser “el juez natural” para su juzgamiento porque carecen de independencia e imparcialidad¹⁴.

No existe identidad entre los bienes jurídicos que protegen el derecho penal militar y los crímenes de guerra tipificados en el Derecho Internacional Humanitario. Los primeros están relacionados con el adecuado funcionamiento de la disciplina castrense y los otros instituidos para la protección de la dignidad humana, la vida, la integridad personal, la libertad personal y el debido proceso, con ocasión de un enfrentamiento armado. Mientras que la tipificación, investigación y juzgamiento de los crímenes de guerra tienen su fundamento en la necesidad de proteger el orden jurídico mundial, la jurisdicción penal militar tiene como cometido el mantenimiento de la disciplina militar, en provecho de los intereses nacionales¹⁵.

En resumen, se indica en la exposición de motivos que la jurisdicción penal militar es una excepción al principio de igualdad legal ante los tribunales y cortes de justicia, su competencia se restringe a los bienes jurídicos castrenses, como son el honor, la obediencia y la disciplina; por lo que se excluyen de su conocimiento las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en tanto no constituyen de manera alguna delitos de función, ni guardan ninguna relación con el servicio o con el bien jurídico a proteger por la jurisdicción castrense.

2.3. Existe simultaneidad y complementariedad entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

La Corte Constitucional en sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013¹⁶, señaló que en ocurrencia de un conflicto armado interno, ya no solo es aplicable el Derecho Internacional de los Derechos humanos, sino también las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario convencional, del que hacen parte los Convenios de Ginebra y el Protocolo II de éstos. Precisa la sentencia que *“En este punto se inicia una relación entre ambos ordenamientos internacionales, que no debe ser conflictiva, sino que debe ser armónica con*

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de La Rochela vs Colombia, sentencia del 11 de mayo de 2007, párr. 200.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Durand y Ugarte vs Perú, sentencia del 16 de agosto de 2000, párr. 125.

¹⁵ 20 André Andries, “Lois et procédures nationales”, in XIV Quatorzième Congrès, Athènes (Grèce), 10-15 mai 1997, Investigation et poursuites des violations du droit des conflits armés, Volume I, Recueils de la Société internationale de droit militaire et de droit a la guerre, Bruxelles 1999, p. 332. Citado en: Federico Andreu- Guzmán, Op. Cit. p. 102

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-579 de 201. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del acto legislativo 01 de 2012, *“Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política”*

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

miras a proteger los derechos de manera más eficiente y acorde con las circunstancias. Incluso, ambos ordenamientos internacionales comparten una finalidad, y es la de proteger la vida y la integridad física de los seres humanos, por eso tienen normas similares sobre la protección a la vida y la prohibición de la tortura, tratos crueles e inhumanos, estipulan derechos fundamentales de las personas contra las cuales se inicia un proceso penal, prohíben la discriminación y disponen normas sobre la protección de mujeres y niños”.

Los Tribunales Penales Internacionales conciben la aplicación de disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -DIDH a la hora de juzgar infracciones al Derecho Internacional Humanitario en tanto crímenes de guerra. La Corte Penal Internacional - CPI, en el artículo 21.3 del Estatuto de Roma, en relación con el sistema de fuentes aplicable a dicha jurisdicción, dispuso: “3. *La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.*

Por lo tanto en los juicios penales internacionales por infracciones al DIH calificadas como crímenes de guerra, se deben aplicar de manera ininterrumpida el Sistema Internacional de los Derechos Humanos; los derechos humanos deben ser la base de dicho procedimiento.

En la sentencia C - 291 de 2007¹⁷ la Corte expuso las razones que sustentan la interacción existente entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Señaló que el componente del principio humanitario consistente en la obligatoriedad de respetar las garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias básicas durante los conflictos armados constituye uno de los principales nodos de interacción de estos dos sistemas de derecho internacional. Los dos ordenamientos jurídicos se complementan mutuamente en tiempos de confrontación armada, y ambos propenden por proteger los derechos básicos y la dignidad de la persona en tiempos de guerra y paz. Señala la sentencia que de acuerdo con lo afirmado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, uno de los principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados es que “*los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados”.*

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la interrelación entre el Derecho Internacional y Constitucional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario adquiere una especial fuerza en los conflictos armados internos, “*es precisamente en situaciones de conflicto armado interno que esas dos ramas del Derecho internacional convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente”.* Los dos

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C- 291 del 25 de abril de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

sistemas de normas se aplican de manera concurrente e interactúan de diversas formas en su aplicación a situaciones concretas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en este sentido, que *“en ciertas circunstancias (...) es necesario aplicar directamente normas de derecho internacional humanitario, o interpretar disposiciones pertinentes de la Convención Americana, tomando como referencia aquéllas normas”, y ha precisado que ello se deriva de las relaciones específicas que existen entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, el cual constituye para ciertos efectos lex specialis, puesto que a pesar de que “los tratados sobre derechos humanos son aplicables tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflictos armados”, las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, tanto convencionales como consuetudinarias, proveen regulaciones mucho más detalladas que el DIDH para proteger los derechos de las víctimas en situaciones de conflictos armados y regular los métodos y medios de combate.”*

Por lo tanto, y de acuerdo al razonamiento señalado, la Corte Constitucional entiende que el ordenamiento jurídico-constitucional colombiano incorpora el DIH y el DIDH con una concepción de integralidad y complementariedad en la protección de los derechos.

2.4. El carácter excepcional y restrictivo de la jurisdicción penal militar.

Desde los organismos multilaterales y en el ámbito de las jurisdicciones nacionales se ha insistido que en los países donde tenga competencia funcional la jurisdicción especializada militar, se garanticen los principios básicos de la independencia, imparcialidad y competencia.

El Comité de Derechos Humanos en sus observaciones 13¹⁸ y 32 reitera que las condiciones de imparcialidad, independencia y competencia son requisitos o presupuestos que deben cumplir los tribunales de justicia, ordinarios o especializados, incluidos los de la jurisdicción penal militar, y precisó que *“toda situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente”*¹⁹.

¹⁸ 36. En su momento el Comité expresó: “en algunos países, esos tribunales militares (...) no proporcionan las garantías estrictas para la adecuada administración de la justicia, de conformidad con las exigencias del artículo 14, que son fundamentales para la eficaz protección de los derechos humanos”. Comité de Derechos Humanos, Observación General 13. Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (art. 14), 13 de abril de 1984. Doc. HRI/GEN/1/Rev.2, párr. 4

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General 32. Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (art. 14), CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 22

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

De igual manera, el Comité de Derechos Humanos ha realizado cuestionamientos sobre la imparcialidad e independencia de los tribunales militares, señalando que carecen de *“muchos de los requisitos de un juicio imparcial”*, como por ejemplo *“el hecho de que se permita que los oficiales en servicio activo formen parte de ellos”*, o *“tengan derecho de alegar en su defensa las órdenes de un superior”*²⁰.

En el ámbito nacional, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en 1992 y 1997²¹, conminó al Estado colombiano a que, *“(…) fortalezca las salvaguardias para el individuo ante las fuerzas armadas; limite la competencia de los tribunales militares a las cuestiones internas de disciplina y asuntos análogos de manera que las violaciones de los derechos de los ciudadanos correspondan a la competencia de los tribunales civiles, y disuelva todos los grupos paramilitares.”*

2.5. Esfera de intervención de la jurisdicción penal militar: la limitación material, temporal y personal de la jurisdicción penal militar.

Si bien no son numerosos los instrumentos internacionales que se pronuncian sobre el ámbito de intervención de la justicia penal militar, el tema ha sido tratado por la doctrina y jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos del orden mundial y regional, entre ellos la ‘Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 16.2)’²² y la ‘Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo IX)’²³, que excluye a la jurisdicción penal militar del conocimiento de estos delitos de orden internacional.

La doctrina y la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos

²⁰ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales al 4to Informe periódico de Colombia. Doc. CCPR/C/79/Add.76, párr.18

²¹ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia. 25/09/92. CCPR/C/79/Add.2. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/CCPR-C-79-ADD-2.html> y

<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cddh/Declaracion%20Presidente%2053%20Comision%20DH%201997.html>

²² Artículo 16.2. Esas personas sólo podrán ser juzgadas por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar”. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (A/RES/47/133), aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992

²³ Artículo IX. Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares [...]” Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

humanos han acentuado el carácter restrictivo y excepcional de la jurisdicción militar, y su incompetencia en relación con las violaciones graves a los derechos humanos. La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos concretó la regla de limitación del ejercicio judicial castrense así²⁴:

- a. Los tribunales militares deben reservarse exclusivamente para administrar justicia con respecto a los miembros de las fuerzas armadas que hayan cometido delitos castrenses, y de esta categoría han de excluirse, de modo claro y explícito, las violaciones graves de los derechos humanos²⁵.*
- b. Las violaciones graves de los derechos humanos deben ser de competencia de los tribunales ordinarios²⁶.*
- c. Habida cuenta de la estructura jerárquica de las fuerzas armadas, institución fundada en principios de lealtad y subordinación, los oficiales en servicio activo carecen de la independencia y la imparcialidad necesarias para juzgar a miembros de la misma institución implicados en violaciones de los derechos humanos cometidas contra civiles²⁷.*
- d. Es obligación del Estado hacer que las personas a las cuales se atribuyen graves violaciones de los derechos humanos sean juzgadas por tribunales ordinarios y no por tribunales militares²⁸.*
- e. Es inadmisibles dar al concepto de delitos relacionados con el servicio una extensión que permita a la jurisdicción militar conocer de delitos comunes, como el de tortura²⁹.*
- f. Con el fin de respetar sus límites la justicia militar debe declararse incompetente*

²⁴ OACNUDH. Intervención de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Conversatorio sobre justicia penal militar organizado por el Comité Institucional de derechos humanos y derecho internacional humanitario de Antioquia. Medellín, 14 de septiembre de 2005. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0575.pdf>; Ver también: OACNUDH. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, La protección de los derechos humanos en el conflicto armado interno, Bogotá, D.C., 22 de abril de 2005.

²⁵ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas involuntarias, E/CN.4/1992/18 de 30 de diciembre de 1991.

²⁶ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión para la prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/1997/20Rev.1 de agosto de 1997.

²⁷ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Misión a Colombia del Relator especial encargado de la cuestión de la independencia de los jueces y abogados, E/CN.4/1998/39/Add.2 de 30 de marzo de 1998.

²⁸ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, E/CN.4/1996/38 de 15 de enero de 1996.

²⁹ Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observaciones finales sobre Colombia, A/51/44 de 9 de julio de 1996.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

*para juzgar a civiles y para juzgar a militares si entre las víctimas del delito hay civiles*³⁰.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional y no es la competente para investigar, juzgar y sancionar a los autores de violaciones a los Derechos Humanos, en razón del bien jurídico lesionado³¹. La justicia penal militar, en virtud del fuero militar, solo puede juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar³². En igual sentido se han pronunciado la Corte Europea y la Comisión Africana de Derechos Humanos.

El adecuado ejercicio de la justicia penal militar se garantiza con la conformación de un *cuervo* que propenda por la conservación de los valores de la función castrense, como son la eficiencia, subordinación, sobriedad, lealtad y coraje³³, que puede ser de naturaleza exclusivamente disciplinaria y no penal. En la actualidad algunos Estados han optado por otorgar un tratamiento disciplinario y no penal a las acciones que infringen los valores castrenses ya mencionados.

Las organizaciones internacionales de protección de los derechos humanos coinciden en que la competencia de la jurisdicción penal militar aplica exclusivamente para los miembros de las fuerzas militares en servicio activo (ámbito personal) y por las conductas cometidas en relación con el servicio y circunscritas a delitos típicamente militares (ámbito material). Para la Corte Interamericana, los bienes protegidos por la jurisdicción penal militar se circunscriben a los estrictamente militares, cuya finalidad es “mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas”³⁴.

Esta definición sintetiza los tipos de bienes que protege el derecho penal militar, esto es, la institucionalidad militar y sus valores de obediencia, disciplina y honor militares, y cobija conductas como la desobediencia, la insubordinación, la deserción del centinela, entre otras.

Se precisa en la exposición de motivos que *“En síntesis, el fuero penal militar compatible con el derecho internacional de los derechos humanos está limitado a ciertos delitos*

³⁰ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria, E/CN.4/1999/63 de 18 de diciembre de 1998.

³¹ Sentencia CIDH del 5 de julio de 2004; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia CIDH del 15 de septiembre de 2005; Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, entre otras.

³² Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, cit., párr. 158

³⁴ Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafo 125 c)

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

específicamente militares que sólo puede cometer el personal de las Fuerzas Armadas. Entre ellos están los de desobediencia, insubordinación, sedición, motín, rebelión y desertión”

2.6. Derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente.

La independencia del juez o de la autoridad judicial debe estar garantizada por el Estado, tanto en su faceta institucional como en la persona del juzgador. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que la independencia del Tribunal Judicial *“debe ser garantizada por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”*³⁵. También precisó el alto Tribunal que *“el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática”*³⁶.

En la decisión 40/93 de Naciones Unidas, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria advirtió que si la mayoría de los magistrados de un Tribunal de Seguridad fuesen funcionarios del Gobierno, se infringiría el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a un tribunal independiente³⁷. De igual manera, el Comité de Derechos Humanos, en el caso Víctor Alfreso Polay vs. Perú consideró que si un tribunal está integrado por funcionarios gubernamentales o militares en servicio activo, violaba el derecho a un tribunal independiente³⁸.

Es de la naturaleza de un tribunal independiente el que sus magistrados y jueces sean funcionarios judiciales, y no estén subordinados o tengan dependencia jerárquica de los demás poderes, especialmente el ejecutivo. El Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 32 señaló que *“la destitución de jueces por el poder ejecutivo, por ejemplo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé*

³⁵ Sentencia CIDH de 30 de junio de 2009, Caso Reverón Trujillo c. Venezuela, serie C No. 197, párrafo 67

³⁶ 69 Ibidem.

³⁷ Decisión N° 40/1993 (Djibouti), de 29 de septiembre de 1993, en documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1994/27.

³⁸ Dictamen de 6 de noviembre de 1997, Comunicación N° 577/1994, Caso Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/61/D/577/1994, 9 de enero de 1998, párrafo 8,8. Ver, igualmente: Dictamen de 27 de octubre de 1987, Comunicación N° 159/1983, Caso Raúl Cariboni, c. Uruguay, párrafo 10.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

*ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia del poder judicial*³⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la independencia e imparcialidad de los tribunales judiciales, señaló en el año 2000 que “*los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico protegido*”⁴⁰. En el año 2007 esta misma autoridad en sentencia del año 2007 relacionada con el caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, observó que la exclusión de la jurisdicción militar se aplica a todas las etapas de un procedimiento: “*la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos*”⁴¹.

2.7. La naturaleza civil de la policía entraña una competencia única de la justicia ordinaria

Dada la naturaleza de cuerpo civil que ostenta la policía nacional⁴², la investigación y juzgamiento de las conductas punibles en que incurren sus miembros no pueden ser juzgadas por una corte marcial o un tribunal militar, sino por la justicia penal ordinaria, pues de no ser así, no se contaría con una justicia policial independiente, imparcial, lo que conllevaría a una alto índice de impunidad. En efecto, se indica en la exposición de motivos que “[e]n la Justicia Penal Militar existen 519 investigaciones por delitos cometidos por agentes de la Fuerza Pública⁴³ en el contexto de la protesta social desde agosto de 2018 al 27 de abril de 2021. De estas, 57 han sido archivadas y las demás continúan en etapa de instrucción, y nadie ha sido condenado”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que las conductas de los miembros de la Policía Nacional que sean violatorias de los derechos humanos no deben ser investigadas y juzgadas por la justicia penal militar, particularmente cuando la víctima es un civil. En un pronunciamiento de la Comisión por violaciones a los derechos humanos por parte de los agentes de policía en el marco de las manifestaciones sociales, particularmente

³⁹ Observación general No. 32, Doc. Cit., párrafo 20.

⁴⁰ Corte Interamericana, Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia, Sentencia del 3 de septiembre de 2012, Corte I.D.H., Serie C N.º 248, párr. 244.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, Sentencia del 11 de mayo de 2007, Corte I.D.H., Serie C N.º 163, párr. 200.

⁴² Artículo 218 de la C. Política. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

⁴³ El artículo 216 de la Constitución Política señala que la fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

en el informe de admisibilidad sobre la muerte de Jhonny Silva Aranguren, la Comisión señaló que *“las jurisdicciones especiales, como la militar, no constituyen un foro apropiado y por lo tanto no brindan un recurso adecuado para investigar, juzgar y sancionar posibles violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, presuntamente cometidas por miembros de la fuerza pública”*⁴⁴.

La Corte Constitucional se pronunció sobre la incongruencia entre la justicia penal militar y la naturaleza civil de la policía nacional. En sentencia C-444/95 el máximo tribunal precisó:

“Existe una incongruencia de carácter constitucional entre la disposición que le asigna a la Policía Nacional naturaleza civil y la que ordena que los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo y por razón del mismo, sean de conocimiento de las cortes marciales o tribunales militares pues, siendo coherentes, tal juzgamiento debería estar a cargo de autoridades civiles.”

En la providencia se indica que la Corte no puede corregir esta anomalía debido al alcance de las competencias que le atribuye el artículo 241 de la Constitución Política, y que para ello se debería tramitar una reforma constitucional.⁴⁵

La Corte ha establecido la distinción entre el accionar de las fuerzas militares y la policía nacional, de la siguiente manera:

*“La Policía Nacional se distingue entonces de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. La Policía Nacional, como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial”*⁴⁶

2.8. Experiencia comparada

Se indica en la exposición de motivos que las restricciones al alcance de la competencia de la justicia penal militar han operado en el derecho comparado en tres vías: la prohibición del juzgamiento de civiles por tribunales militares; la interpretación restrictiva del delito militar y en particular del delito de función; y la exclusión de las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario del ámbito judicial castrense⁴⁷.

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe 1108-08: informe de admisibilidad”, Caso Jhonny Silva Aranguren y familia v. Colombia, 14 de abril de 2016, OEA/Ser.L/V/II.157 Doc. 18, párr. 37.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-444 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁷ Andreu, Federico, Op. Cit. pp. 61-62

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

La tendencia predominante en Latinoamérica es la modernización del régimen de la justicia penal militar, restringiéndola a los actos de función, o asignando el conocimiento exclusivo a la justicia ordinaria de todos los hechos punibles que comprenden a militares.

Se menciona en la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo que a nivel mundial un número significativo de países han modificado sus ordenamientos jurídicos para incorporar restricciones en la aplicación de la justicia penal militar, como es el caso de Bélgica⁴⁸, Guinea⁴⁹ y Sudáfrica⁵⁰, cuyos regímenes legales han suprimido la aplicación de la jurisdicción penal militar, de modo que todos los delitos cometidos por personal militar son del resorte de la jurisdicción ordinaria⁵¹.

En varios países, la limitación al fuero castrense se ha concretado a su supresión en tiempos de paz. En Alemania, Austria, Francia, Japón, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa, Senegal y Suecia, el conocimiento de los delitos cometidos por miembros de las fuerzas militares en tiempo de paz se adelantan a través de los procedimientos disciplinarios o los tribunales penales ordinarios⁵².

En Latinoamérica, Argentina mediante Ley 26.394 del 26 de agosto de 2008 fue el primer país que aprobó la derogación del Código de Justicia Militar vigente⁵³. Ni aún en tiempos de guerra opera la justicia castrense, salvo en casos excepcionalísimos por “condiciones manifiestas e insuperables” de imposibilidad material de administrar justicia⁵⁴.

La prohibición o restricción de la justicia penal militar también se ha dado con la integración de la jurisdicción penal militar en la ordinaria, tal es el caso de Portugal y Ecuador. En Portugal, a raíz de la reforma constitucional de 1997 y del Nuevo Código de Justicia Militar de 2003 se trasladó el conocimiento de los crímenes estrictamente militares cometidos en

⁴⁸ En el caso de conductas cometidas en el marco de operaciones extraterritoriales del Ejército belga un fiscal es asignado al contingente militar enviado al exterior y el juicio se surte ante un tribunal ordinario con sede en Bélgica. Ver en: Andreu, Federico; Op. Cit., p. 58

⁴⁹ Ley Fundamental adoptada el 23 de diciembre de 1990 suprimió la jurisdicción penal militar. Ver en: Andreu, Federico, Op. Cit., p. 55

⁵⁰ En marzo de 2001, la Corte Suprema de Sudáfrica decretó la suspensión de la aplicación del Código de Justicia Militar, al considerar prima facie que la jurisdicción penal militar no es compatible con el principio de igualdad ante la ley y la protección judicial garantizados en la Constitución y que “lo militar no es inmune a los cambios democráticos.” Ver en: Andreu, Federico, Op. Cit., p. 55

⁵¹ Andreu, Federico; Op. Cit., pp. 53 - 64

⁵² Andreu, Federico; Op. Cit., p. 57

⁵³ 93 Ley 26.395 de 26 de agosto de 2008, que surge de un proceso de solución amistosa suscrito a instancias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos No. 11.758, Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina, y No. 12.167 Argüelles y otros vs. Argentina

⁵⁴ Artículo 1, Anexo II de la Ley 26.395 de 26 de agosto de 2008.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

tiempo de paz, a salas especializadas de lo militar en la jurisdicción ordinaria. Para el caso de Ecuador, la nueva Constitución Política de 2008 establece en su artículo 160 que “los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por los órganos de la Función Judicial” y en el caso de delitos castrenses “cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial”.⁵⁵

La posición más extendida para la restricción de la justicia penal militar que se ha dado por vía de reforma constitucional o por desarrollo jurisprudencial ha consistido en delimitar el ámbito de competencia a nivel personal y material. La restricción por el factor subjetivo se da eliminando la posibilidad del juzgamiento de civiles por tribunales militares, conforme lo contemplan en su legislación varios países, entre ellos México, Guatemala, Honduras, Haití, Colombia, Nicaragua, Perú, Paraguay y Uganda⁵⁶. Con la restricción material se limita la competencia de la justicia penal militar a los delitos estrictamente militares cometidos por personal militar, siendo la de mayor ocurrencia⁵⁷. Los tribunales militares en España tienen competencia para conocer de conductas exclusivamente castrenses (artículo 77 de la Constitución Española). A través de reformas constitucionales, provisiones similares se encuentran en las cartas políticas de Bolivia, El Salvador, Haití, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. A nivel de legislación penal, Colombia, Honduras, Guatemala, Perú y Uruguay contemplan exclusiones similares.

La tercera vía, que corresponde a la exclusión de graves violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario del ámbito de competencia de Tribunales Militares, ha tenido lugar con ocasión de la jurisprudencia proferida por las cortes supremas de justicia y los tribunales constitucionales de Argentina, Bolivia, Chile, El Salvador, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela⁵⁸. En países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Noruega y Suecia, la investigación y juzgamiento de las graves infracciones a los Convenios de Ginebra y demás normas del Derecho Internacional Humanitario se regula por el Código Penal ordinario, correspondiendo su conocimiento a los tribunales penales de la Jurisdicción Ordinaria⁵⁹.

⁵⁵ Andreu, Federico; Op. Cit., p. 59

⁵⁶ Andreu, Federico; Op. Cit., p. 62

⁵⁷ Artículo 13 de la Constitución Política de México; Artículo 96.4 de la Constitución Política de Grecia, Artículos 90 y 91 de la Constitución Política de Honduras; Artículo 42 de la Constitución Política de Haití; Artículo 213 de la Constitución Política de Colombia; Artículo 219 de la Constitución Política de Guatemala; Artículo 93 de la Constitución Política de Nicaragua; Artículo 174 de la Constitución Política de Paraguay. En el caso de Perú y Uganda ello ha sido fruto del desarrollo de la jurisprudencia nacional. Citados en: Andreu, Federico; Op. Cit., p. 62

⁵⁸ Andreu, Federico, Op. Cit. p. 64

⁵⁹ Andreu, Federico, Op. Cit. p. 106

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

3. Sentencia C-084 de 2016 que decidió la demanda de inconstitucionalidad contra Acto Legislativo 01 de 2015, - Artículo 221 vigente de la Constitución Política.

El Acto Legislativo 01 de 2015 reformó el artículo 221 de la Constitución Política, disposición actualmente vigente. En relación con este Acto Legislativo se presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º parcial⁶⁰. El fundamento de la demanda fue la omisión en incluir de manera explícita que en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por miembros de la fuerza pública además de aplicarse el Derecho Internacional Humanitario se debía también emplear el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La demanda fue resuelta a través de la Sentencia C-084 del 24 de febrero de 2016, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, por medio de la cual se declaró exequible el aparte demandado. En esta sentencia se resolvió que el conocimiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio y en relación con el servicio, que explícitamente deban investigarse y juzgarse con base en el Derecho Internacional Humanitario, no excluye la eventual aplicación de los principios y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2015 se señaló como primer elemento o pilar determinante presuntamente sustituido por la Corte Constitucional, el de *“la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos”*, y por consiguiente la aplicación complementariamente el DIH y el DIDH, que el Acto Legislativo contradice y subvierte al excluir (no señalar explícitamente) la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por integrantes de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio; con la reforma al artículo 221 Constitucional el Estado renuncia a la aplicación simultánea y complementaria de los dos sistemas normativos cuando se ocasionen afectaciones a la vida, la integridad personal y la libertad de los civiles.

3.1. Antecedentes del Trámite del Acto legislativo 01 de 2015

El texto original del Proyecto de Acto Legislativo 01 de 2015, señalaba:

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

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

⁶⁰ La demanda contra el Art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2015 fue presentada por los señores Gustavo Gallón Giraldo, Jomary Ortegón Osorio., Angela María Robledo, Iván Cepeda Castro y otros.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o Policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad⁶¹, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario.

La justicia penal militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública⁶².
(...)"

El artículo reprodujo algunos incisos del Proyecto de Acto Legislativo No. 02 de 2012 que fue declarado inexecutable por la Sentencia C-740 de 2013⁶³.

⁶¹ Los delitos de Lesa Humanidad han constituido una preocupación constante y por ende un accionar permanente por parte de la Comunidad Internacional, por tal razón, se ha venido evolucionando en su estructuración y determinación desde los estatutos de Nuremberg, Tokio y la Ley 10 del Consejo de Control, en la segunda guerra mundial, pasando por los de Yugoslavia y Ruanda, hasta llegar a decantarse con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Los elementos esenciales de los delitos de lesa humanidad son los actos inhumanos en naturaleza y carácter que causan gran sufrimiento o serios daños en la salud física o mental, además de ser cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático y en contra de la población civil, que no necesariamente configure un conflicto armado externo o interno.

El artículo 7.º del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, señala que se entenderán como delitos de lesa humanidad "cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física". Consultar entre otros, Sánchez Sánchez Raúl Eduardo, "Los delitos de lesa humanidad Revista Nº 14 Ene.-Mar. 2006, https://xperta.legis.co/visor/rpenal/rpenal_7680752a8062404ce0430a010151404c/revista-de-derecho-penal-contemporaneo/los-delitos-de-lesa-humanidad.

⁶² GC No. 567 del 1º de octubre de 2014.

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C740 del 25 de octubre de 2013, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

En la ponencia para primer debate⁶⁴ y en relación con el texto original, se resaltó que el aspecto central del Proyecto de Acto Legislativo era la definición de competencias para el conocimiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, entre la justicia penal ordinaria y la militar. Además de los factores objetivo y subjetivo señalados para establecer la jurisdicción competente, se incluyó como elemento normativo el que las infracciones al Derecho Internacional Humanitario serán del conocimiento de la justicia penal militar, salvo los delitos de *gravedad inusitada* relacionados en el inciso segundo. Lo anterior debido a que el DIH regula el uso legítimo de la fuerza por parte del Estado en el contexto de conflicto armado externo e interno, y por ello la necesidad consecuente de armonizar el derecho penal interno con el DIH, *“para permitirle a la Fuerza Pública cumplir mejor con su deber”*⁶⁵.

En el segundo debate en Plenaria del Senado, primera vuelta del 28 de octubre de 2014, el Senador Armando Benedetti manifestó su desacuerdo con la iniciativa, en razón que de acuerdo con las Sentencias C-533 de 2008 y C-878 de 2000, la justicia penal militar no podrá conocer de las infracciones al DIH.

En la sesión del quinto debate se radicó una proposición del Ministerio de Defensa, avalada por el ponente, cuyo texto corresponde al del artículo 221 de la Constitución Política Vigente, suprimiendo del articulado el listado de los delitos de gravedad inusitada, incluidos los de lesa humanidad, cuya vulneración sería del conocimiento de la justicia ordinaria.

Se argumentó que de esta manera se brinda seguridad jurídica a los miembros de la fuerza pública porque el marco aplicable en situación de conflicto armado es el DIH; se mantiene el principio de juez natural y se garantiza que se pueda trabar el conflicto de competencias por parte de cualquier jurisdicción cuando se considera del caso.

En la justificación de la nueva proposición se indicó que, *“los delitos que se cometan por miembros de la Fuerza Pública que constituyan graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario o a los Derechos Humanos, continuarán siendo de conocimiento de la justicia ordinaria, como lo dispone el artículo 221 de la Constitución Nacional, la Sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional y el artículo 3° del Código Penal Militar que muy claramente lo expuso el Senador Ponente”*⁶⁶. El DIH debe ser aplicado en Colombia dada la complejidad de la realidad operacional y de las formas de delinquir de los diferentes actores armados al margen de la ley que en sus hostilidades afectan permanentemente a la población civil y, por ende, adujo que la Fuerza Pública debe tener las herramientas contundentes y suficientes para cumplir con su función constitucional.⁶⁷

⁶⁴ Ponente Senador Manuel Enríquez Rosero

⁶⁵ El informe de ponencia se puede consultar en la GC No. 617 del 14 de octubre de 2014, págs. 1 a 7.

⁶⁶ Sentencia C-084/2016, párrafo 47.

⁶⁷ GC No. 327 del 25 de mayo de 2015, pág. 10.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

En relación con la eliminación de los delitos de gravedad inusitada el ponente sostuvo que “la redacción encaminada a fijar reglas para la distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar, fue eliminada por completo porque abría la puerta para que conductas como las ejecuciones extrajudiciales generaran confusión respecto a la jurisdicción competente para investigarlas y juzgarlas, más aún frente a delitos no tipificados en el ordenamiento penal interno. Adujo que establecer una lista cerrada de delitos excluidos de la justicia penal militar, implicaba un debilitamiento del fuero penal militar y, por esa razón, *“se mantiene en ese punto sobre jurisdicción el estado actual sin modificación alguna”*. Además, indicó que los límites de competencia de la justicia penal militar frente a tipologías como genocidio, tortura, lesa humanidad y desaparición forzada ya han sido señalados por la Corte Constitucional y por el legislador al establecer los delitos exceptuados de la competencia de dicha justicia, de acuerdo con el artículo 3° de la Ley 1407 de 2010⁶⁸, actual Código Penal Militar.

En el sexto debate que se dio en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes algunos representantes, entre ellos Alirio Uribe Muñoz y Angélica Lozano Correa, se pronunciaron en relación con el nuevo inciso 2°, señalando que permitir que el DIH se aplique a los enfrentamientos que reúnan las condiciones objetivas del DIH es extenderlo a operaciones diferentes a las del conflicto armado interno, como el caso de las operaciones contra la delincuencia organizada. Esta aplicación como ley especial ‘deja entrever’ la exclusión de la aplicación del DIDH en estos casos, cuando por el contrario en su criterio lo que se debe aplicar es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no el DIH. Se facilitaría que violaciones de derechos humanos sean conocidas por la Justicia Penal Militar, por su relación con el DIH, lo cual no es permitido en el contexto internacional; y se correría el riesgo que con la aplicación del DIH se generen ventajas indebidas a militares investigados por delitos de lesa humanidad, o la aplicación más favorable del DIH a delitos relacionados con la violencia sexual o el homicidio en persona protegida.

En el octavo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, los Representantes Ángela María Robledo, Alirio Uribe, Germán Navas, Raúl Asprilla y Víctor Correa, propusieron una modificación al inciso 2° del artículo primero agregando que en la investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública en servicio y en relación con el servicio se aplicara además del DIH, los principios y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se argumentó que con el texto hasta el momento aprobado se distorsiona la naturaleza del DIH que se creó como un código de guerra para proteger a la población civil, pero lo que pretende la reforma como está redactada es ‘proteger a los guerreros, puntualmente a los militares y policías’, y de esta manera se violarían los convenios y tratados internacionales al permitir que las conductas de los militares en servicio que violen los derechos humanos sean del conocimiento de la justicia penal militar. En consecuencia, la reforma sería una ampliación al fuero penal militar en el

⁶⁸ Sentencia c-084/2016, Párrafo 49.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

sentido que las infracciones al DIH que configuren a su vez violaciones al DIDH se investiguen y juzguen exclusivamente con el derecho de los conflictos armados.

3.2. El fuero penal militar: Análisis desde una perspectiva conceptual, normativa y jurisprudencial.

a) Concepto del Fuero Penal Militar

El fuero penal militar constituye una prerrogativa que excluye a los miembros de la fuerza pública de ser investigados por los fiscales y jueces a los que están sometidos la generalidad de los ciudadanos, y en su lugar el conocimiento de los delitos por ellos cometidos en relación con el servicio se adelantará por jueces y tribunales militares y conforme al Código Penal Militar⁶⁹. Lo anterior en razón a que a los miembros de la fuerza pública la Constitución Política les asigna la función 'especial, exclusiva y excluyente' del monopolio del ejercicio coactivo del Estado, del uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento al régimen y disciplina propias de la actividad militar⁷⁰.

En la actualidad operan tres sistemas de justicia penal militar: : "(i) aquellos que incorporan y confunden la justicia penal militar con la estructura militar de mando, aunque con garantías propias de la administración de justicia ordinaria; (ii) otros que separan y distinguen el esquema jerarquizado propio del mando militar de los órganos jurisdiccionales de la justicia penal militar y vinculan estos últimos ya sea a la rama ejecutiva o a la rama judicial; y, (iii) los modelos en los cuales todos los delitos cometidos por militares y policía, en desarrollo de sus funciones, son juzgados por la justicia ordinaria y suponen, en consecuencia, inexistencia de una jurisdicción penal militar propiamente dicha"⁷¹.

En Colombia se acoge un modelo intermedio. La jurisdicción penal militar no está ubicada en la línea del mando militar ni de la justicia ordinaria. Se reconoce el fuero penal militar, por el cual los jueces y tribunales penales militares investigan a miembros de la fuerza pública en servicio activo por actos relacionados con el servicio, bajo la sujeción de un Código Penal Militar y, además, reglas y principios de derecho penal militar⁷².

b) Régimen Legal del Fuero Penal Militar

⁶⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-084 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, párrafos 55 a 55.4

⁷⁰ Sentencia T-737 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁷¹ Cfr. C-141 de 1995, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

⁷² *Ibíd.* Se ha aclarado, así mismo, que la jurisdicción penal militar, no obstante administrar justicia, no hace parte de la rama judicial. Al respecto, ver sentencias C-737 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; C-361 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-676 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1149 de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería; C-1261 de 2001, M. P.: Jaime Araujo Rentería; C-457 de 2002, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; C-1262 de 2001, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

Conforme lo consagró el artículo 170 de la Constitución Política de 1886 y actualmente lo establece el artículo 221 Superior vigente, en relación con el Fuero Penal Militar, los jueces, tribunales o cortes marciales conocerán de los delitos o conductas punibles en que incurran los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio⁷³.

De acuerdo con lo anterior, se distinguen tres características en el fuero penal militar regulado en nuestro ordenamiento jurídico⁷⁴: “En primer lugar, está destinado a ser aplicado frente a injustos cometidos únicamente por integrantes de la fuerza pública, ya sean de la Policía Nacional, Ejército Nacional, Fuerza Aérea Colombiana o de la Armada Nacional. En segundo lugar, los sujetos pasivos de la acción penal militar deben estar en servicio activo, lo que quiere decir que ese específico juez natural no cobija a quienes, pese a haber sido militares o policías, han cometido delitos encontrándose en uso de retiro. Y, en tercer lugar, los únicos delitos susceptibles de ser investigados y juzgados por la justicia penal militar son aquellos realizados «en relación con el servicio», no los que se apartan de las funciones o misiones que en su calidad deben llevar a cabo de conformidad con ordenamiento jurídico⁷⁵”. Estas tres características corresponden a los tres factores de competencia del Fuero Penal Militar, a saber, el subjetivo o personal (miembro de la fuerza pública), el objetivo o material (en relación con el servicio) y el temporal (en servicio activo).

Por lo tanto, cuando no concurren los tres elementos descritos, las conductas punibles serán investigadas por la justicia ordinaria. El fuero no está concebido como un privilegio o prerrogativa de orden estamental (miembros de la fuerza pública) cuando incurran en cualquier delito y bajo circunstancias indeterminadas⁷⁶. La protección que se deriva del fuero solo se justifica en la situación particularísima, no abstracta de la especial labor que realiza la fuerza pública, basada en el uso legítimo y exclusivo de la ‘violencia física oficial’; es decir, su carácter es absolutamente excepcional y restringido.

El elemento esencial del fuero, que la conducta tenga relación con el servicio, implica la conexión directa y estrecha del actuar con el cumplimiento de una función legítima, consecuencia del desarrollo de una tarea propia del servicio, y que no sea cumplida en forma distorsionada o desviada. Si las condiciones anteriores no se dan, la conducta infractora será del conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria.

c) Jurisprudencia constitucional sobre el fuero militar.

⁷³ Este alcance del fuero penal militar lo establecieron también los anteriores Códigos Penales Militares: el Decreto Legislativo 050 de 1958, adoptado como norma permanente por la Ley 141/1961, el Decreto 2550 de 1988, la Ley 522 de 1999, y el vigente Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010.

⁷⁴ Sentencia C-084 de 2016, párrafo 59.

⁷⁵ Sentencias C-1149 de 2001, M. P.: Jaime Araujo Rentería; C-407 de 2003, M. P.: Jaime Araujo Rentería; T-1001 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; T-806 de 2000, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

⁷⁶ Sentencias C-141 de 1995, M. P.: Antonio Barrera Carbonell; C-1140 de 2001, M. P.: Jaime Araujo Rentería.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones con el fin de fijar criterios para determinar cuándo se configura la extralimitación, exceso o desviación de la función militar, cuya investigación y juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. Como sentencias referentes se relacionaron las C-358 de 1997, C-878 de 2000 y C-533 de 2008, a través de las cuales la Corte decidió demandas de inexequibilidad contra Leyes que reformaron el Código Penal Militar, incluido el actual.

Sentencia C-358 de 1997

La Sentencia C-358 de 1997⁷⁷, resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos del Decreto 2550 de 1988, Código Penal Militar en vigor desde antes de la Constitución Política de 1991. La Sentencia se pronunció en relación con el tipo penal de 'homicidio', sobre los elementos normativos «con ocasión» o «por causa» del servicio o «en funciones inherentes al cargo», como expresiones sustancialmente diferentes a «en relación con el servicio», ampliando su alcance y por ende el del fuero penal militar.

Señala la providencia en referencia que “El término ‘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 la policía nacional - mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica”; corresponde a las misiones o funciones otorgadas por la Constitución Política y la ley a la fuerza pública, a través de decisiones y acciones por parte de sus miembros, que constituyen el elemento material o funcional del fuero.

El elemento funcional no se materializa necesariamente por la presencia de elementos o “ingredientes” que eventualmente, normalmente o casi siempre ocurren cuando se desarrolla el servicio, como el uso de uniformes, vehículos o armas, sino que corresponde a las tareas o actividades que integran la misión constitucional y legal de la fuerza pública. La acción militar debe guardar relación directa y estrecha con una específica misión militar. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes.

El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. “Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias”. La actividad

⁷⁷ M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

debe tener una relación directa, próxima y evidente con la función militar y policiva. El delito militar se realiza, cuando el miembro de la fuerza pública en desempeño de sus funciones legales, en algún momento incurre en errores o dolosamente comienza a hacerlo de forma defectuosa o irregular.

El delito es del conocimiento de la jurisdicción especial militar cuando el servicio se ejecute de manera distorsionada, excesiva, defectuosa o inconsulta y se tipifique un hecho delictuoso. De acuerdo con esta Sentencia, la relación del delito con «el servicio» o con el cumplimiento de la función comporta tres aspectos fundamentales:

“a)... [E]l 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. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio *debe ser próximo y directo*, y no puramente hipotético y abstracto... si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor... en tales eventos ...sus comportamientos fueron ab initio criminales.

b)... el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito *adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad*. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública... la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente, la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

c)... la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”.

Sentencia C-878 de 2000

La sentencia C-878 de 2000 examinó la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 522 de 1999, anterior Código Penal Militar. Señaló la providencia en relación con una de las expresiones demandadas: delitos relacionados con el servicio como aquellos «derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia», puede ser considerada exequible

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

si el fuero penal militar se interpreta de manera restrictiva, “en el sentido de entender que los delitos relacionados con el servicio son aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando los mismos se deriven directamente y sustancialmente del ejercicio de la función militar o policial que la Constitución les ha asignado”⁷⁸. Si se permitiera a la justicia penal militar asumir el conocimiento de los delitos *per se*, no solo se desconoce el principio de juez natural, sino el de igualdad a ser juzgados por el juez natural general.

En relación con otro de los cargos, “que en ningún caso podrían considerarse como relacionados con el servicio los «delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada”, La Corte señaló que no solamente los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada se deben entender excluidos del fuero penal militar, también quedan por fuera los delitos de lesa humanidad, dado que en nada se relacionan con las funciones de la fuerza pública. En referencia a establecido en la Sentencia C-358 de 1997, la Corte reitera que no tienen relación con el servicio las conductas constitutivas de crímenes extremadamente graves, como aquellos de lesa humanidad. Aclara la providencia que los delitos incorporados en la disposición demandada, artículo 2 de la ley 522 de 1999, no son los únicos excluidos del conocimiento de la justicia penal militar, sino los demás abiertamente contrarios a la función constitucional de la fuerza pública, en los que se rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

Sentencia C-533 de 2008

La tercera providencia relevante sobre el problema del fuero es la C-533 de 2008, que decidió las objeciones presidenciales al proyecto convertido en el actual Código Penal Militar, específicamente a lo señalado en artículo tercero: «*Delitos no relacionados con el servicio.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse 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*». En opinión del Presidente, el artículo debía referirse a todas las violaciones de derechos humanos y no solamente a los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada.

La Corte para resolver la demanda de inconstitucionalidad cita las Sentencias C-878 de 2000 y C-358 de 1997 en referencia a los límites que le son impuestos al Fuero Penal Militar en términos de delitos graves, y decide que la expresión demandada, “solo puede ser exequible en cuanto se agregue a su texto que además de los delitos expresamente mencionados por el legislador, quedan excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función

⁷⁸ Sentencia C-084 de 2016, párrafo 61.2

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”⁷⁹.

Concluye la Sentencia C-084 de 2016 sobre el alcance de la jurisprudencia constitucional en relación con el fuero penal militar que conforme a diversos fallos⁸⁰, “la jurisdicción penal militar carece de competencia para investigar y juzgar conductas punibles que entrañen un grave abuso del poder o un grave quebrantamiento de las leyes y costumbres de la guerra. En este sentido, ha reconocido que existen comportamientos que siempre son ajenos al servicio, como ocurre con las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, comoquiera que en tales eventos no puede afirmarse que la fuerza pública esté realizando un fin constitucionalmente legítimo⁸¹. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente en los casos en que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en la jurisdicción ordinaria”.

3.3. La aplicación del Derecho Internacional Humanitario a los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en el ámbito del conflicto armado no excluye la aplicación complementaria y concurrente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-084 de 2016 concluyó después de adelantar el juicio de sustitución en relación con el artículo 221 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2015, que esta reforma no sustituyó parcialmente la Carta Política en relación con el elemento definitorio “*deber estatal de investigar y juzgar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al DIH, aplicando complementariamente el DIDH y el DIH*”.⁸²

⁷⁹ Sentencia C-084 de 2016, Párrafo 61.4

⁸⁰ Sentencias C-878 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra); C-533 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); y SU-1184 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

⁸¹ Cfr. Sentencia SU-1184 de 2001.

⁸² El Juicio de Sustitución es un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma; es un juicio autónomo de competencias. Requiere enunciar los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. Debe ser un enunciado específico, un elemento definitorio que ha sido configurado en la Constitución Política colombiana y que configura su identidad. El examen del acto acusado establece cuál es el alcance jurídico respecto a los elementos definitorios que identifican la Constitución Política y requiere que se contrasten las premisas citadas con el criterio de juzgamiento que la Corte señala. Así mismo, verifica si la reforma reemplaza un elemento definitorio que identifica la Constitución por otro integralmente diferente. Cajas Alberto Mario, director del programa de

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

En el juicio de sustitución adelantado por la Corte se precisó en relación con el eje definitorio referido en el párrafo anterior, que uno de los pilares esenciales de nuestra Constitución Política y del Estado social y democrático de derecho, es la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos a todos los asociados, elemento definitorio que consagra la Carta Política, principalmente en el Preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 93, 94, 214 y 215-2. En las Sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014, entre otras, la jurisprudencia constitucional de manera reiterada ha reconocido la garantía y protección de los derechos humanos como un eje definitorio de nuestra organización constitucional. Una de las formas como se concreta este principio esencial es en el deber por parte del Estado de investigar, juzgar y sancionar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los Derechos Humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario⁸³.

La aplicación complementaria y convergente del DIH y el DIDH en el conocimiento de los delitos contra los miembros de la fuerza pública, con ocasión del conflicto armado, “armoniza con los mandatos de la Carta y del bloque de constitucionalidad que establecen la obligación del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y libertades consagrados en la Constitución. Concuera así mismo, con los preceptos que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción. Desarrolla las normas que establecen la exigencia de garantías judiciales en todos los ámbitos de la administración, y es compatible con aquellas disposiciones que proscriben la suspensión de *los derechos fundamentales* y que prescriben que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”⁸⁴.

La aplicación de los principios y normas del DIDH en la investigación juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por conductas punibles relacionadas con el conflicto armado, se entiende permitida y obligatoria, porque de esta manera se da cumplimiento al mandato del artículo 93 de la Constitución Política, en el sentido que los tratados y convenios internacionales ratificados que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, se entienden incorporados al ordenamiento jurídico interno con el carácter de norma constitucional; además que su aplicación universal y permanente garantiza el cumplimiento de lo ordenado en el artículo 214.2 de la Constitución, sobre la prohibición de suspensión de los derechos fundamentales aún en los estados de excepción, por lo que no habrá asunto privado o institucional que escape al poder protector y a la vigencia de los derechos humanos.

La aplicación complementaria de los dos sistemas normativos de derecho internacional reafirma “el carácter universal que los artículos 2.1 y 1.1. del Pacto Internacional de los

Derecho de la Universidad Icesi. “La sustitución de la Constitución: nuevo panorama del control constitucional a la reforma del SGP, <https://www.icesi.edu.co/agenciadeprensa/opinion/constitucion.htm>

⁸³ Sentencia C-0845 de 2016, párrafo 109.

⁸⁴ Sentencia C-084 de 2016 párrafo 111.1

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente, atribuyen a estas garantías cuando establecen el imperativo para los Estados parte de esos instrumentos de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y bajo su jurisdicción, sin distinción de ninguna naturaleza, los derechos en ellos consagrados⁸⁵, y por ser su núcleo común *la salvaguarda integral del ser humano*, cobra gran relevancia su acatamiento convergente y complementario en la investigación y juzgamiento de la conducta de los miembros de la fuerza pública, quienes tienen la responsabilidad del *uso y disposición de la fuerza legítima, y el monopolio en el ejercicio del poder coactivo del Estado*.

La Corte Constitucional en relación con la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 221 Superior, y en particular con la posible exclusión del DIDH de la investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública, por delitos cometidos en relación con el servicio dentro del contexto del conflicto armado, concluyó:

“En síntesis, un plexo importante de normas constitucionales contiene el mandato de respetar, proteger y garantizar, con carácter universal y permanente, los derechos humanos. Dentro de este imperativo se encuentra la obligación de investigar y juzgar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario, a fin de brindar a los asociados tutela judicial efectiva. Este mandato constituye un pilar esencial del modelo constitucional en cuanto se proyecta de manera transversal en todo el texto fundamental, al punto que lo identifica y define, tal como ya ha sido reconocido por esta corporación en decisiones anteriores⁸⁶.

La reforma constitucional introducida por el A.L. 01 de 2015, prevé que “*En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este*”. Bajo una interpretación armónica de este enunciado con otros principios, valores y preceptos de la Constitución Política y del bloque de constitucionalidad, la aplicación del derecho internacional humanitario en este ámbito de la administración de justicia, no puede excluir otras fuentes del derecho como las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos, dado el carácter complementario y convergente de estos cuerpos normativos que participan de un núcleo común de protección, en tanto que bajo el principio de humanidad, uno y otro forman parte del régimen internacional de protección de los derechos de la persona. Por integrar el bloque de constitucionalidad sus normas y principios irradian la actuación de las autoridades judiciales.

⁸⁵ Sentencia C-084 de 2016, Párrafo 111.4

⁸⁶ Sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

Por consiguiente, el enunciado de una reforma constitucional que establece que en las investigaciones y juzgamientos que se adelanten contra los miembros de la fuerza pública por conductas relacionadas con el conflicto armado se aplicaran las normas y principios del derecho internacional humanitario, sin que explícitamente se excluya la aplicación de otras fuentes del derecho como el derecho internacional de los derechos humanos, no tiene la entidad para subvertir el eje definitorio *deber de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos*, por cuanto dicho ámbito judicial, será justamente el escenario en el que se pueden efectivizar algunas dimensiones del pilar fundamental mencionado, esto es, la obligación de investigar y juzgar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario, bajo el principio de complementariedad y convergencia que orienta la aplicación de estos cuerpos normativos.

Conforme a los lineamientos trazados en esta sentencia, la expresión *“En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este”*, contenida en el inciso segundo del artículo primero del Acto legislativo 01 de 2015 *“Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia”*, no vulnera el eje definitorio de la Constitución identificado como *deber de respeto, protección y garantía de los derechos humanos*, ni el elemento que concurre a integrarlo, esto es, *la obligación de investigar y juzgar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario*⁸⁷.

Por lo tanto, la modificación que se propone con el Proyecto de Acto Legislativo está avalada con la posición mayoritaria de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad del artículo 221 de la Constitución Política vigente acogida en la Sentencia C-084 de 2016, debido a que las violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario no constituyen conductas que tengan relación con el servicio, ni mucho menos están directa y estrechamente relacionadas con el mismo, y por lo tanto es razonable, objetivo e idóneo excluir de manera explícita en el texto del Artículo 221 Constitucional las violaciones a estos dos Sistemas de Derecho Internacional, como asuntos de competencia de la Justicia Penal Militar, y establecer que en la investigación y juzgamiento de las conductas de los miembros de la Fuerzas Militares en servicio y en relación con el servicios se deben aplicar los principios del Derecho Internacional Humanitario y el de los Derechos Humanos.

⁸⁷ Sentencia C-084 de 2016 numerales 114 y 115.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

4. La necesidad de delimitar el alcance del fuero penal militar atendiendo la obligatoriedad que se impone al Estado de acatar los Sistemas de Derecho Internacional Humanitario y el de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La redacción del actual artículo 221 de la Constitución Política ha propiciado que sea la jurisprudencia la que determine el alcance de esta jurisdicción excepcional, en mayor medida al resolver solicitudes sobre conflictos de competencia. Conforme se estableció en las consideraciones de la Sentencia C-084 de 2016, tres importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional han determinado el alcance del Fuero Penal Militar, en los que el Máximo Tribunal resuelve lo que debe entenderse por “los delitos relacionados con el servicio”.

En la Sentencia C-358 de 1997 se indicó que el término “servicio” alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares, a saber, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional; y para el caso de la policía nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica. Se aclaró que el elemento funcional no se concreta con *‘ingredientes’* que eventualmente, normalmente o casi siempre ocurren cuando se desarrolla el servicio, como el uso de uniformes, vehículos o armas, sino que corresponde a las tareas o actividades correspondientes a cumplir la misión constitucional y legal de la fuerza pública, y que el delito es del conocimiento de la jurisdicción especial militar cuando el servicio se ejecute de manera distorsionada, excesiva, defectuosa o inconsulta y se tipifique un hecho delictuoso. Los anteriores criterios fueron reiterados en la Sentencia C-878 de 2000.

En la Sentencia C-878 de 2000 la Corte dispuso que quedan excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”.

La ausencia de una disposición constitucional que de manera expresa establezca los asuntos que son de conocimiento por la jurisdicción penal militar, que en la actualidad sustituye la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, ha propiciado que se presenten de manera continua conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la penal militar. Esta situación debe corregirse para evitar que eventualmente vulneraciones contra los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario sean investigadas y juzgadas por la Jurisdicción Penal Militar, en especial los delitos de “Gravedad Inusitada”, ello debido a que conocimiento inicial de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, en mayor proporción corresponde a las autoridades militares con función judicial, lo cual, por razones de pertenencia estamental (miembro de la fuerza pública), pone en riesgo la imparcialidad del operador judicial.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

Adicionalmente, la necesidad y conveniencia de la reforma del artículo 221 de la Constitución Política, conforme ya se analizó, se justifica por varias razones. Uno de los ejes definitorios de la Constitución Política es la obligación del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos de la totalidad de los habitantes, y por lo tanto investigar y juzgar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

El DIDH y el DIH operan bajo el principio de complementariedad por la necesidad de proteger a la persona humana y deben ser respetados en todo momento y lugar frente a cualquier tipo de agresión violenta, ya se derive de un conflicto armado o no. En desarrollo del *principio de complementariedad* los dos sistemas normativos deben aplicarse de manera concurrente y no complementaria o para el caso del DIDH, de manera subsidiaria.

Tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el Derecho Internacional Humanitario constituyen fuente de derecho para las autoridades judiciales. Sus normas y principios irradian la aplicación e interpretación de las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico. Ambos sistemas normativos de protección integral de la persona humana deben regir la investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por conductas punibles relacionadas con el conflicto armado o de un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario; de esta manera se desarrolla el imperativo previsto en el artículo 93 de la Carta, por el cual los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, son normativamente incorporados en el orden jurídico interno con estatus de norma constitucional, por lo que se prohíbe suspender su aplicación aún en los estados de excepción (Art. 214.2 C.P.).

El vínculo con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, como ocurre con las infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Los delitos tipificados en el DIH por tratarse de un sistema *normativo ius cogens* por su sola comisión automáticamente rompen el nexo funcional del agente con el servicio, debido a sus características, especial crueldad, gravedad y naturaleza, han estado absolutamente desligados de las funciones institucionales de las fuerzas armadas.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe aplicarse de manera concurrente y concomitante con el Derecho Internacional Humanitario y no de manera complementaria, pues ambos sistemas comparten diversas salvaguardas y normas destinadas a proteger a los civiles y sus bienes de los efectos del conflicto armado. En los casos en que la situación contemplada por el DIH no es clara, por no estar adecuada la conducta a sus principios y normatividad, el DIDH es el único régimen jurídico aplicable hasta que se den las condiciones fijadas por el Derecho Internacional

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

Humanitario para que se entienda configurado un conflicto armado. El DIH regula y establece de manera especial las *condiciones mínimas* de respeto a los derechos humanos en presencia de un conflicto armado, mientras que las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituyen el *máximo* de los derechos que deben ser reconocidos a las personas humanas en tiempo de paz, pero cuyo núcleo esencial es coincidente con el DIH y por lo tanto no pueden ser suspendidos ni desconocidos en situaciones de hostigamiento militar o conflicto armado.

Por las anteriores razones se reitera en la necesidad y conveniencia de delimitar y hacer explícito en el artículo 221 de la Constitución Política el alcance del Fuero Penal Militar en correspondencia con su carácter restrictivo y excepcional, circunscrito al deber funcional establecido por la Constitución Política en relación con la fuerza pública descrito en el artículo 217 Superior. De esta manera, la justicia penal militar conocerá exclusivamente de los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, con exclusión de las conductas punibles que impliquen violaciones a los derechos humanos o contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, lo cual debe quedar explícito en el texto del artículo 221 de la Constitución Política, conforme lo propone la iniciativa.

5. El fuero Penal para la Policía Nacional

5.1. Antecedentes del Fuero Penal Policial⁸⁸

Con la Constitución Política del año 1991 se adopta el término Fuerza Pública (artículo 216)⁸⁹, integrada por Fuerzas Militares y la Policía Nacional, ambas amparadas con el fuero penal militar de conformidad con lo establecido en el artículo 221 Superior; razón por la cual este fuero se puede denominar como Militar y Policial.

El artículo 170 de la Constitución Política de 1986 no extendía el alcance del Fuero Penal Militar a los miembros de la Policía Nacional, pues solo hacía referencia a los delitos cometidos por los militares en servicio activo y con relación con el servicio. Con anterioridad a la expedición y vigencia de la Constitución Política de 1991, a la Policía Nacional se le reconoció el Fuero Penal Militar a través de la expedición de decretos legislativos, en el contexto de los Estados de Sitio que fueron declarados⁹⁰ y su adscripción al Ministerio de Defensa. Ejemplo de ello es el Decreto Legislativo 1667 del 18 de julio de 1966, expedido

⁸⁸ Dulce Pereira, 2016 pp 117-130

⁸⁹ Gacetas Constitucionales de 1991 referidas a la sentencia C-144/1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁰ Consultar entre otros Decreto Legislativo 1403 de 1948, Decreto Legislativo 171 de 1952, Decreto Legislativo 1814 de 1953, Decreto Legislativo 1426 de 1954, Decreto Legislativo 1705 de 1960, Decreto Legislativo 152 de 1965, Decreto Legislativo 2953 de 1968, Decreto 235 de 1971, Decreto 2137 de 1983

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

con fundamento en el Decreto 1288 de 1965 que declaró turbado el orden público y el estado de sitio.

En el artículo 1º del mencionado decreto se estableció que la Policía Nacional constituye un cuerpo armado, eminentemente técnico de personal jerarquizado que hace parte de la Fuerza Pública, alcance que sería adoptado por la Constitución Política de 1991. La finalidad de este cuerpo armado es proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia; prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas; conservar el orden público interno en sus aspectos de seguridad, tranquilidad y salubridad. Se indicó además en esta disposición que la Fuerza de Policía no es un cuerpo deliberante, sus miembros no pueden ejercer el derecho al voto y tampoco podrán intervenir en política partidista directa o indirectamente.

El Decreto 1288 de 1965 dispuso que el personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa de este o de funciones inherentes a su cargo cometa delito, será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar.

El Fuero Penal Militar se extendió a la Policía Nacional por primera vez a nivel legal, con la expedición de Ley 63 del 12 de agosto de 1983. En ella se estableció que a este organismo le corresponde el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar la paz ciudadana. La Policía Nacional constituye un cuerpo armado pero de naturaleza civil a cargo de la Nación. Los oficiales, suboficiales y agentes en servicio activo que incurrieran en la comisión de un delito militar o común relacionado con el servicio, de los tipificados en el Código Penal Militar (decreto 2550 de 1988 vigente para la época), dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el Derecho Internacional, debían ser juzgados por la justicia penal militar.

De acuerdo con la referida Ley, correspondía a la justicia ordinaria, en condición de juez natural general, la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la policía nacional en servicio, por hechos no relacionados con el servicio y por infracción al derecho internacional. Con la expedición de la Ley 180 de 1995 se reafirman los elementos mencionados en relación con este cuerpo armado y en especial el alcance del Fuero Penal Militar concedido.

5.2. La Sentencia C-444 de 1995⁹¹

La Sentencia C-444/95 constituye el antecedente jurisprudencial hito en relación con el fuero penal policial. La sentencia decide una demanda de acción pública de inconstitucionalidad

⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-444 del 4 de octubre de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

que pretendía declarar inexecutable el artículo 114 del Decreto-Ley 041 de 1994⁹², sobre extensión del fuero penal militar a oficiales, suboficiales y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, y los artículos 14 (parcialmente), 352, 353, 354 y 355 del Decreto-ley 2550 de 1988⁹³, por infringir el Preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 29, 113, 116, 213 y 221 de la Constitución Política, los artículos 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 8 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como fundamentos de la acusación se expuso, por una parte, “que la extensión del fuero penal militar a los miembros de la Policía Nacional por los delitos cometidos en servicio activo y por razón del mismo, contraría la naturaleza civil que expresamente le otorgó el Constituyente a esta institución en el artículo 218 de la Constitución Política; y por otra parte, sostiene que las disposiciones atacadas en la demanda desconocen el derecho al debido proceso, particularmente en lo que se refiere al principio del juez natural”. En relación con la naturaleza civil de la Policía Nacional se cita el texto del artículo 218 de la Carta Política que la define como “un cuerpo armado permanente de naturaleza civil” y que su fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

⁹² Decreto Ley 041 del 10 de enero de 1994, “Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”.

ARTICULO 114. Fuero penal militar. De conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política, los oficiales, suboficiales y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en servicio activo, que cometan delitos en relación con el mismo servicio, serán juzgados por las cortes marciales o tribunales militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar

⁹³ Decreto 2550 del 12 de diciembre de 1988 “Por el cual se expide el nuevo Código Penal Militar”, derogado por la Ley 522 de 1999 “Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”; derogada a su vez por la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010 actual Código Penal Militar.

Artículo 352. DIRECTOR DE LA POLICIA NACIONAL. El director de la Policía Nacional conoce en primera instancia, de los procesos penales militares contra oficiales generales de la institución, comandantes de departamento de policía, directores de las escuelas de formación, capacitación y técnicas.

Artículo 353. INSPECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL. El inspector general de la Policía Nacional conoce en primera instancia, de los procesos penales militares contra los oficiales superiores y subalternos de la Policía Nacional, suboficiales y agentes de la Dirección General de la Policía y de la inspección general, y contra oficiales, suboficiales y agentes, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juez.

Artículo 354. COMANDANTES DE DEPARTAMENTO DE POLICIA. Los comandantes de departamento de policía conocen en primera instancia, de los procesos penales militares contra suboficiales y agentes de la respectiva unidad.

Artículo 355. DIRECTORES DE ESCUELAS DE FORMACION, CAPACITACION Y TECNICAS. Los directores de escuelas de formación, capacitación y técnicas conocen en primera instancia, de los procesos penales militares contra suboficiales, alumnos y agentes de sus respectivas escuelas.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

En la demanda se hace referencia a la Sentencia C-024 de 1994 que fija criterios de distinción entre la Policía Nacional y las Fuerzas Militares: “en la primera hay ausencia de disciplina castrense, su naturaleza es civil y el uso del poder de policía está limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que se derivan de la finalidad específica de la Institución; principios que, según el demandante, son incompatibles con la existencia de una jurisdicción especial con competencia para conocer de los procesos penales militares contra miembros de la Policía Nacional, ya que la extensión del fuero militar a este tipo de procesos crea una asimilación entre lo policivo-civil y lo militar-castrense, que la Corte en el fallo precitado desechó al efectuar tal distinción”⁹⁴.

En la sustentación de la acción se indicó que la extensión del fuero penal militar a los miembros de la Policía Nacional se dio en un momento excepcional de nuestra vida republicana: “la inclusión de la Policía Nacional dentro del conjunto de las Fuerzas Armadas fue producto del golpe militar del 13 de junio de 1953 a raíz del cual se expidió el decreto legislativo 1814 del mismo año, donde se ordenó dicha integración; régimen que no puede mantenerse en una situación histórica completamente diferente, como la surgida tras la expedición de la Constitución de 1991 que está inspirada en principios democráticos, como en las naciones occidentales desarrolladas que han establecido un régimen jurisdiccional ordinario para los procesos que se adelanten contra los miembros de la fuerza de policía”.

En relación con la violación al debido proceso, artículo 29 de la Constitución, el cargo se estructura particularmente en el principio de juez natural, pues la jurisdicción competente para investigar y juzgar los delitos cometidos por civiles es la jurisdicción ordinaria, lo cual reafirma el artículo 213 del Estatuto Superior, al consagrar en su inciso final que “en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”. Esta infracción al debido proceso constituye a su vez una violación del orden público internacional, plasmado en el *ius cogens*, y en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en los que se consagra en una redacción similar el derecho al debido proceso, y específicamente que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”.

⁹⁴ En la Sentencia C-421 de 2002 se reiteran y sistematizan en mejor forma las diferencias entre la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, lo cual se puede sintetizar de la siguiente manera: “Tales diferencias radican fundamentalmente en el carácter civil que se atribuye a la Policía y que emerge del artículo 218 de la Constitución, carácter del que no se revisten las Fuerzas Militares, y en el objetivo que persigue cada institución, el cual en el caso de la Policía es “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”, mientras que en el caso de las Fuerzas Militares “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

En las consideraciones del fallo, citando la Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, sobre las diferencias entre la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, se precisó que: “La Policía Nacional se distingue entonces de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. La Policía Nacional, como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial”. En la Sentencia C-453 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se indicó que la misión de la Policía es eminentemente preventiva con el fin de evitar que el orden público sea alterado; el policía es un funcionario civil que acoge voluntariamente su profesión y; los miembros del cuerpo de policía están sometidos al poder disciplinario y de instrucción que legalmente le corresponde al funcionario civil ubicado como superior jerárquico.

No obstante la muy bien aliderada naturaleza y razón de ser de la Policía Nacional, la Corte reconoció que “en la práctica esta división conceptual encuentra limitaciones derivadas del aumento de la violencia social, entre otros factores perturbadores del desarrollo institucional. La existencia de agentes internos de violencia organizada desestabiliza la distinción entre lo civil y lo militar”. La distinción anotada en relación con las Fuerzas Militares puede verse obstaculizada “por la necesidad de responder a fuentes de violencia internas que comprometen tanto el orden constitucional (cuya defensa es fin primordial de las fuerzas militares, según el artículo 217 de la Constitución Política), como las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (que corresponde a la policía nacional, de acuerdo con el artículo 218 de la Carta)”. Es decir, en criterio de la Corte las circunstancias anotadas develan la existencia de una “zona gris” o frontera en al cual se superponen los criterios de seguridad y defensa.

La Constituyente de 1991 fue consciente de la “zona gris” que había establecido la Corte, situada entre los límites de lo militar y lo civil o los fines de defensa y seguridad, dentro del contexto socio político colombiano. Por ello, de acuerdo con lo señalado en la providencia, la Constitución del 91 intentó conciliar “las aspiraciones ideales y las necesidades coyunturales” a través de un régimen intermedio, el cual, a) le asigna a la Policía Nacional el carácter de cuerpo armado de naturaleza civil, de carácter preventivo cuya misión es mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica (artículo 218 C.P.); b) ausencia de disciplina castrense, sin sujeción a la obediencia debida; c) la Policía Nacional es integrante de la fuerza pública, junto con las fuerzas militares, con régimen común en lo que atañe principalmente a su carácter no deliberante (artículo 219) y al fuero penal (artículo 221).

La Corte advierte una incongruencia entre la naturaleza civil de la Policía Nacional y la extensión del Fuero Penal Militar a sus miembros en servicio activo y en relación con el servicio, la que solo puede ser corregida a través de una reforma constitucional. Al respecto, el alto Tribunal señaló:

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

“En lo que sí le asiste razón al demandante es en que existe una incongruencia de carácter constitucional entre la disposición que le asigna a la Policía Nacional naturaleza civil (art. 218 C.N.) y la que ordena que los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo y por razón del mismo, sean de conocimiento de las cortes marciales o tribunales militares (art. 221 C.N.) pues, siendo coherentes, tal juzgamiento debería estar a cargo de autoridades civiles. Sin embargo, esta evidente anomalía no puede ser corregida por la Corte Constitucional a quien se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos a que aluden los artículos 241 y s.s. del Estatuto Máximo, sino mediante una reforma constitucional utilizando cualquiera de los mecanismos que el Constituyente ha consagrado para ello. (art. 374 *ibidem*)”.

La Corte, no obstante lo por ella advertido, a efectos de resolver los cargos de inconstitucionalidad, aplicó “*el principio de armonización*” con el fin de hacer congruentes los preceptos constitucionales que regulan la extensión del fuero penal militar a la Policía Nacional, atendiendo su naturaleza, finalidad, y relaciones con el comportamiento y la funcionalidad de las fuerzas militares. Para la Corte, contrario al argumento de cargo en la demanda de inconstitucionalidad, el artículo 213 que prescribe que en ningún caso los civiles podrán ser juzgados por la justicia penal militar, y 218 que define a la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, constituyen “las reglas universales”, mientras que el artículo 221 es una excepción, y que la relación lógica entre estas disposiciones es la de “regla-excepción”.

Concluye entonces la Corte que los miembros de la Policía Nacional y las fuerzas militares tienen un fuero especial de carácter penal, por lo que sus miembros deben ser juzgados por cortes marciales o tribunales militares por delitos cometidos en servicio activo y en relación con el servicio. En lo pertinente a las normas con fuerza de ley demandadas decide la sentencia que son exequibles, “puesto que se limitan a reproducir y desarrollar dicho mandato constitucional señalando el juez competente para conocer en primera instancia de los procesos aludidos”.

En lo que corresponde al segundo cargo sobre la violación del derecho al debido proceso, por cuanto se quebranta la garantía del juez natural, señala la Corte que la argumentación tiene validez “dentro del contexto concebido por la demanda, pero que para la Corte no tiene aceptación dada la existencia del artículo 221 de la Constitución”; es decir que la argumentación sobre la vulneración al debido proceso por omisión del juez natural en el juzgamiento de sus miembros, tendría pertinencia en la discusión sobre la *idoneidad* de la extensión del fuero penal militar a la Policía Nacional, una entidad de naturaleza civil, de carácter preventivo, y cuya finalidad es mantener el orden público interno, los derechos y libertades públicas, lo cual escapa a las competencias de la Corte, conforme lo dispone el artículo 241 Superior.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

Para la Corte el "juez natural" es aquél que la Constitución o la ley han instituido para conocer de determinados asuntos; el "juez natural" para juzgar al personal de la Policía Nacional por los delitos relacionados con el servicio, está expresamente establecido en el artículo 221 del Estatuto Superior vigente y corresponde a las cortes marciales o tribunales militares. El trato diferente entre el juzgamiento de los civiles y los miembros de la Policía Nacional por delitos cometidos en servicio activo y en relación con el servicio no proviene de las normas acusadas sino del fuero establecido en el artículo 221 de la Constitución Política. Ante esta circunstancia no puede la Corte, sin desconocer la misión a ella encomendada por el artículo 241 de la Carta y la supremacía normativa de los textos constitucionales, entrar a juzgar *la objetividad y razonabilidad* de una diferencia de trato establecida por el propio Constituyente; situación distinta se presentaría si no fuera la Constitución sino la ley quien la estableciera.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha modificado su criterio en relación con la naturaleza que corresponde a la Policía Nacional como cuerpo armado de naturaleza civil, y la extensión que le es aplicable del Fuero Penal Militar. La Sentencia C- 376 de 2016⁹⁵ reitera lo ya establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la naturaleza civil de la Policía Nacional, su finalidad y las diferencias con las Fuerzas Militares, como también sobre la extensión a este cuerpo armado del Fuero Penal Militar porque así lo consagra el artículo 221 de la Constitución Política⁹⁶.

6. Razones sobre la idoneidad, objetividad y razonabilidad de excluir a la Policía Nacional del Fuero Penal Militar.

La naturaleza civil de la Policía Nacional, su función constitucional de carácter preventivo, más no represivo, su misión de evitar que el orden público sea alterado y garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades otorgados por la Constitución Política y la convivencia pacífica de los habitantes, constituyen justificaciones razonables e idóneas para que la investigación y juzgamiento de los delitos en que incurren sus miembros en servicio y en relación con el servicio deben ser del conocimiento de la Justicia Penal Ordinaria y no de la Justicia Penal Militar, pues de lo contrario se pone en riesgo la independencia e imparcialidad de la autoridad que investiga y juzga los delitos cometidos por sus miembros, lo que conllevaría a un alto índice de impunidad.

En defensa de este criterio se han pronunciado diversos organismos multilaterales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este organismo ha señalado que el juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos cometidos por miembros de la fuerza pública no debe corresponder a la jurisdicción penal militar, particularmente cuando la

⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-372 del 13 de julio de 2016, M.S. Luis Guillermo Guerreo Pérez

⁹⁶ Otras sentencias que se pueden consultar al respecto son: C-1184/2008, C-1407/2003, C-932/2002, C-421/2002, C-1214/2001

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

víctima es un civil. Las jurisdicciones especiales como la penal militar no constituyen la autoridad judicial apropiada para juzgar y sancionar posibles violaciones a los derechos humanos (CIDH “Informe 1108-08: informe de admisibilidad”, Caso Jhonny Silva Aranguren y familia v. Colombia, 14 de abril de 2016).

La inclusión de la Policía Nacional a la Fuerza Pública, en su momento Fuerzas Armadas, fue producto del golpe militar en Colombia del año 1953, a través del Decreto Legislativo 1814 de 1953, en el contexto de la violencia política y perturbación del orden público por los que atravesaba el país. Nuestra Constitución Política concilia la tensión entre las funciones de defensa que corresponde a las fuerzas militares, con las de seguridad y garantía de las libertades y los derechos políticos que competen a la Policía Nacional, “la zona gris” situada en los límites entre lo militar y lo civil que reconoció la Asamblea Constituyente del año 1991, por la situación de violencia y conflicto armado que ha persistido en el país desde los albores de su vida republicana, extendiendo el fuero penal militar al cuerpo policial sin dejar de reconocerle su carácter civil y preventivo. Sin embargo, se ha avanzado significativamente en la resolución de los conflictos armados. El Estado Colombiano ha firmado varios y significativos acuerdos de paz. El suscrito con el grupo guerrillero M-19 hace más de 30 años, el 9 de marzo de 1990 en el gobierno presidido por el doctor Virgilio Barco y el suscrito con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia el 26 de septiembre del año 2016 por el expresidente Juan Manuel Santos Calderón.

No obstante las circunstancias difíciles por las que ha atravesado el proceso de paz con las FARC, la población colombiana confía en que concluirá con éxito, y la voluntad política mayoritaria se direcciona a profundizar los procesos de paz con los grupos armados en disidencia. Urge acelerar los diálogos con el Ejército de Liberación Nacional -ELN y estructurar una estrategia política para enfrentar los demás grupos armados al margen de la ley como corresponde a las disidencias de las FARC y a los Grupos Armados Organizados (GAO), Grupos Delincuenciales Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados Residuales (GAOR).

La implementación del Acuerdo de Paz con las FARC, el fortalecimiento de la institucionalidad, la materialización del desarrollo económico y social, la garantía del orden público económico, social y político requieren con urgencia una reforma de la Policía Nacional, fortalecer su naturaleza civil y preventiva, desvincularla de las actividades de defensa, del conflicto armado y por lo tanto excluirlas del régimen aplicable a las Fuerzas Militares, en especial desvincularlas del Fuero Penal Militar. Por ello, el juez natural que debe conocer de los delitos por parte de sus miembros en servicio y en relación con el servicio debe ser la Jurisdicción Penal Ordinaria, en correspondencia con su naturaleza civil y preventiva y el fin que cumple la Policía Nacional de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden público y la convivencia pacífica.

7. Conclusión

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

Conforme a las justificaciones relacionadas en la exposición de motivos y lo expuesto en esta ponencia, la reforma al artículo 221 de la Carta Política a que se refiere el Proyecto de Acto Legislativo es necesaria y conveniente, por lo que con el debido respeto, solicito a la Honorable Comisión Primera Constitucional del Senado se vote favorablemente esta ponencia positiva que se rinde en relación con el Proyecto de Acto Legislativo No. 009 del 2021, *“Por medio del cual se reforma el Fuero Penal Militar y se dan garantías de un tribunal independiente, imparcial y competente”*.

La propuesta de reforma delimita de manera idónea y conveniente el fuero penal militar, circunscribiendo la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas militares en servicio activo y en relación con el servicio, excluyendo de la jurisdicción penal militar las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y a los Derechos Humanos, y asigna de manera exclusiva en la jurisdicción ordinaria la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la Policía Nacional en servicio activo y en relación con el servicio. De esta manera el Estado Colombiano da cumplimiento a los diversos convenios y tratados sobre Derechos humanos, Derecho Internacional Humanitario y Justicia Penal Militar suscritos con organismos multilaterales como son la ONU y la OEA y el Comité Internacional de la Cruz Roja y a la jurisprudencia de sus respectivas Cortes Internacionales.

V. Conflicto de Intereses.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 291 de la Ley 5 de 1992, modificado por la ley 2003 de 2019, se considera que el debate y votación del Proyecto de Acto Legislativo no configura conflicto de intereses en relación con los Senadores que integran la Comisión Primera del Senado, por tratarse de la modificación de un artículo constitucional de carácter general. El Proyecto de Acto Legislativo rige a partir de su promulgación y en consecuencia los procesos que a la fecha se estén adelantando contra miembros de la fuerza pública, continuarán su trámite bajo el régimen legal vigente.

Recientemente la Corte Constitucional en Sentencia C-302 del 2021 precisó que en relación con la situación particular de cada uno de los miembros del Congreso de la República se debe analizar si procede o no la configuración de un posible conflicto de intereses, toda vez que esta importante figura de control debe ser tenida en cuenta bajo las condiciones particulares de cada caso concreto.

Sobre este asunto la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Honorable Consejo de Estado en su sentencia 02830 del 16 de julio de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, señaló que:

“No cualquier interés configura la causal de desinvestidura en comento, pues se sabe que sólo lo será aquél del que se pueda predicar que es directo, esto es, que per se el alegado

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

beneficio, provecho o utilidad encuentre su fuente en el asunto que fue conocido por el legislador; particular, que el mismo sea específico o personal, bien para el congresista o quienes se encuentren relacionados con él; y actual o inmediato, que concurra para el momento en que ocurrió la participación o votación del congresista, lo que excluye sucesos contingentes, futuros o imprevisibles. También se tiene noticia que el interés puede ser de cualquier naturaleza, esto es, económico o moral, sin distinción alguna”.

No obstante lo señalado, si un Senador tiene relación de parentesco de las señaladas en la ley con miembros de las fuerzas militares, la policía nacional o la jurisdicción penal militar, que se vean directamente afectados por las modificaciones que se hacen al artículo 221 de la Constitución Política, le asiste el derecho a declararse impedido para participar en la discusión y votación de esta iniciativa.

La Corte Constitucional ha señalado que, por regla general, los actos legislativos no constituyen conflictos de interés. Sobre este asunto, afirmó el tribunal constitucional en sentencia C-1040 de 2005: *“la regla general es que no cabe plantear impedimentos o recusaciones por conflicto de intereses con motivo del trámite de una reforma constitucional; estas figuras únicamente son procedentes en casos excepcionales en los que aparezca claramente demostrada la existencia de un interés privado concurrente en cabeza de un miembro del Congreso. Como por regla general las reformas constitucionales afectan por igual a todos los colombianos, independientemente de su condición o no de parlamentario, es inusual que algún congresista se encuentre particularmente privilegiado o perjudicado por un acto legislativo, y que, por lo mismo, de él se predique un conflicto de intereses. No se deben confundir, de un lado, los intereses políticos -inevitables en el ámbito parlamentario y sobre todo cuando se trata de reformar la Constitución- los cuales pueden concurrir con los intereses generales, con los denominados intereses meramente privados que, de otro lado, sí están excluidos por la figura del conflicto de intereses -tales como los intereses económicos particulares del congresista o los intereses meramente personales y subjetivos de orden no político-. De admitirse que los intereses políticos a favor o en contra de una reforma constitucional inhiben a los congresistas de participar en su tramitación, muchas normas de la Carta se tornarían irreformables o pétreas, como por ejemplo todas las normas sobre el Congreso de la República, las elecciones, los partidos, la relación entre el gobierno y la oposición y las entidades territoriales”*⁹⁷.

Bibliografía.

DULCE PEREIRA CARLOS ALBERTO, *El fuero Penal Militar en Colombia: Pasado, Presente y Futuro*, Bogotá, Palma Arismendi Editor, 2018.

⁹⁷ Corte Constitucional De Colombia. Sentencia C-1040 De 2005. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

H.S. TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ

MEZA CADENA Eduardo Alejandro, *El Fuero Penal Militar u su Relación con los Derechos Humanos*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2010.

PEÑA VELÁSQUEZ Edgar, *El Sistema Acusatorio en el Nuevo Código Penal Militar*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 1 Edición, 2012

SABOHAL QUINTERO Moisés, *Sistema Penal Militar Acusatorio y Fuero Penal Militar*, Segunda edición, Bogotá, Editorial Ibáñez 2016, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015

VI. Proposición.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, me permito rendir ponencia positiva y consecuentemente solicito a la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, dar primer debate en primera vuelta al Proyecto de Acto Legislativo No. 009 del 2021, “*Por medio del cual se reforma el Fuero Penal Militar y se dan garantías de un tribunal independiente, imparcial y competente*”, de acuerdo con el texto del Proyecto de Acto Legislativo original.

Cordialmente,



TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ
Senador de la República.