

**PENALIZACION PARALELA DEL PRESTADOR DE SERVICIO
OBLIGATORIO CON EL MIEMBRO EN CARRERA DE LA FUERZA
PÚBLICA**

Elvis Giovanni Viasús Buitrago

Código: 7000481

Erick Perret Gentil De Fex

Código:7000473

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN PROCEDIMIENTO PENAL
CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR**

**BOGOTÁ
2011**

PENALIZACION PARALELA DEL PRESTADOR DE SERVICIO OBLIGATORIO CON EL MIEMBRO EN CARRERA DE LA FUERZA PÚBLICA

Elvis Giovanni Viasús Buitrago

Erick Perret Gentil De Fex

RESUMEN

La presente investigación se desarrolla en el hilado ámbito de la responsabilidad penal que le asiste a los miembros de la fuerza pública dentro de la jurisdicción penal militar. Teniendo en cuenta que muchos de los sujetos penalizados responden ante el Estado Colombiano de diferentes formas en razón a su especialísima calidad y nexos con la función pública.

De este modo teniendo como insumo teórico algunas precisiones jurisprudenciales, legales y doctrinarias se realiza una delimitación de lo que debería ser la responsabilidad penal atribuida a los miembros de la fuerza pública, concretamente los soldados regulares, bachilleres y auxiliares de policía dentro de la cuerda de la Jurisdicción Penal Militar y bajo los presupuestos dogmáticos del injusto en el Delito Penal Militar, las relaciones de sujeción, las garantías al debido proceso, el derecho a la Igualdad y el principio de proporcionalidad del ius puniendi. Lo que hace que la presente investigación proporcione líneas de reflexión, y posiciones personales que buscan un cuestionamiento jurídico por parte del creador de la norma, y de los operadores jurisdiccionales en donde se identifiquen cabalmente el procedimiento jurídico que se debe emplear a todos los subyugados activos en el proceso penal militar, soportado mediante el estudio de los elementos del hecho punible en acorde a la punibilidad de cada delito en la ley 522 de 1999, con el análisis de conductas típicas cometidas por los mismos sujetos con igualdad de causa y efecto en la jurisdicción penal militar y bajo el presupuesto arquetípico del que el derecho solo es un medio para alcanzar la Justicia.

Palabras clave:

Penalización militar, miembros fuerza pública, soldados regulares, auxiliares de policía, alumnos de las escuelas de formación, derecho a la igualdad, debido proceso, principio de proporcionalidad.

Abstract

The following presentation develops in the spinning environment of criminal responsibility which attends to the public force members, within the military penal jurisdiction. Considering that many of the penalized people respond to the Colombian state on different ways because of his very special quality and nexus with the public function.

On this way having as input some details theoretical and doctrinal legal jurisprudence will conduct a delimitation of what should be criminal liability assigned to the members of the armed forces specifically regular soldiers, graduates and auxiliary police in the string of military criminal jurisdiction under the dogmatic assumptions of the unjust criminal offense in the military, relations of subjection, the guarantees of due process, the right to equality and principle of proportionality of the penalizing(*ius puniendi*). What makes this research provide lines of reflection and personal positions looking for a legal questioning by the creator of the norm (rulers) and where jurisdictional operators identify fully the legal process that must be subjugated to employ all assets in the military criminal process supported by studying the elements of the offense in accordance to each offense punishable by law 522 of 1999 with the analysis of typical behaviors committed by the same subject with equal cause and effect in the military criminal jurisdiction under the archetypal budget that the law is only a means to achieve justice.

Key words

Military penalty, public forces members, regular soldiers, police auxiliary, students training schools, right to equality, due process, principle of proportionality

INTRODUCCION

El ámbito de aplicación de un miembro de la fuerza pública se ve reflejado en la jurisdicción penal militar, quien mediante la Ley 522 de 1999 regula la conducta típica del sujeto activo en la fuerza pública, traducido en delitos que por su relación con el servicio entraran en un silogismo especial para aquel que engranó el acto con la norma y resulto la afectación de un bien jurídico tutelado, creando por esto

una jurisdicción que cubre a todo aquel que pertenezca al momento del acto a cualquier fuerza pública sin importar la relación de servicio de cada sujeto.

Y bien, el titular de los delitos penales militares imprimen una relación del sujeto con el servicio, lo que genera dudas en la regulación estricta y arbitraria a la hora del procedimiento con miembros que aunque prestan un servicio como los restantes, verán un adoctrinamiento y convicción diferente desde su inicio y posiblemente hasta el término de una prestación que por obligación se ven inmersos a realizar, lo que genera un problema, referente a la carencia equitativa para los servidores a la fuerza pública castrense o policial obligatorios con los voluntarios o de profesión, en donde se puede ver la cercanía al delito con facilidad de uno con diferencia de los demás, resultando una disyuntiva en la penalización de los mismos.

El objetivo general de este pliego es servir al legislador para la reflexión y análisis de proporcionalidad de la penalización de los sujetos que se encuentran en servicio de la fuerza pública, de igual forma el objetivo específico es el balance jurídico con relación a cada conducta típica en la que se puede ver incluido un personal que con vínculo militar o policial no se encuentra en prestación en carrera o servicio permanente voluntario y que dentro de un análisis de pensamiento y criterio futurista o de interés de cada individuo se observan las garantías y tratamientos ejercidos a los diferentes sujetos en estudio; esto sin lugar a duda mostrando que existen intereses y garantías que deben ser promulgadas de la misma forma que la penalización.

1. EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

Es prudente conocer que la actual Constitución Nacional en su artículo 216 ha conferido al legislador la facultad de definir las condiciones para la prestación del

servicio militar, desarrollando esto a través de las leyes 48 de 1993, 418 de 1997, 548 de 1999 y 642 de 2001, contemplando que *“Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan su título de bachiller”*,¹ obligación que acaba una vez cumplidos los 50 años de edad, de acuerdo al inciso segundo de dicho artículo

Las modalidades que tiene en cuenta el legislador para la prestación del servicio militar obedece precisamente a los patrones geográficos que permiten subclasificar los ciudadanos en urbanos y rurales en consideración a la situación sociocultural, económica e histórica propia de cada región, que distinguen a la población colombiana entre quienes han finalizado o no su educación media o de bachillerato, sin que ello genere vulneración al principio de igualdad (art.13 C.N.), sino un trato diferencial propio de tales situaciones debido a las circunstancias antes anotadas, por ende la Honorable Corte Constitucional, aclaró el término de duración del servicio militar obligatorio en cada una de las modalidades determinadas por la ley, indicando:

“Las diferentes modalidades establecidas para atender la obligación de prestar el servicio militar distinguen entre soldado regular (18 a 24 meses), soldado bachiller (12 meses), auxiliar de policía bachiller (12 meses) y soldado campesino (12 a 18 meses), de manera que el tratamiento se desarrolla en el término de duración de la prestación a partir de dos referencias materiales consideradas por la ley. La una, la condición de tener estudios concluidos de bachillerato, lo que determina **una duración del período en 12 meses, se trate de la modalidad soldado bachiller o auxiliar de policía bachiller**; la otra referencia, tiene que ver con la condición de no bachiller, que se bifurca entre el llamado **"soldado regular" residente urbano y el "soldado campesino"**, de suerte que **los primeros prestan su servicio en 24 meses**

¹ Art. 10- Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización.

mientras que **los segundos en 18 meses**. A nadie escapa el sentido de la distinción entre bachiller y no bachiller, pues, condiciones materiales bien marcadas distinguen por el grado de capacitación intelectual a los unos frente a los otros; grado que, es el resultado de un esfuerzo, en países como el nuestro, por mejorar los niveles de desempeño de las personas en los distintos campos de la cultura.²

Una vez entendido la regulación interpretativa del tiempo y clasificación del personal de servicio militar obligatorio es conveniente observar el pronunciamiento jurisprudencial en cuanto a las exoneraciones legales del mismo, clarificadas en la *SENTENCIA C-1409/2000 –EXPEDIENTE D-2942, MG: JOSE GREGORIO HERNADEZ GALINDO-25-10-00 CORTE CONSTITUCIONAL*, donde obtenemos que el artículo 3 de la Ley 48 de 1993 define el servicio militar como la obligación de todos los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas "**con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente ley**", en desarrollo de lo dispuesto en el inciso 3 del citado artículo constitucional que establece: "La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo".

Esto significa que el Constituyente otorgó al legislador la posibilidad de señalar exenciones para la prestación de este servicio, de lo cual es lógico concluir que, pudiendo adoptar la determinación de permitir que algunos no estén cobijados por la obligación, con mayor razón le está permitido establecer disposiciones en cuya virtud se facilite la prestación del servicio por razones superiores, o se otorgue tiempo a quienes se encuentran capacitadas para un aporte más efectivo al servicio.

² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-511 de 1994.

Entonces, a juicio de la Corte, puede la ley sin vulnerar la Constitución, introducir reglas que hagan viable, difiriéndola en el tiempo, la efectiva prestación del servicio militar cuando está de por medio, por ejemplo, un derecho fundamental como el de la educación, la protección de la familia en el caso de hijos únicos o de personas casadas, o el desempeño como religiosos.³

La norma legal establece exenciones en todo tiempo y exenciones en tiempo de paz. Las primeras no requieren siquiera de pagar cuota de compensación militar y amparan a:

a) Los limitados físicos y sensoriales permanentes y ,

b) Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.⁴

Las segundas, contenidas en el artículo 28 **ibídem**, eximen de la obligación de prestar el servicio militar, pero únicamente en tiempo de paz y con la obligación de inscribirse y pagar la cuota de compensación militar. También prevé la norma el aplazamiento en la prestación del servicio en los casos señalados en el artículo 29 de la citada ley y posteriormente en el artículo 2 de la Ley 548 de 1999.

Unísono con lo anterior, las aclaraciones y fundamentos de la corte y el cimiento legal interpretado, muestran al caso, que se refleja una claridad diferencial mediante la preponderancia del principio de igualdad con proporcionalidad para el establecimiento temporal y de exención de los prestadores del servicio militar obligatorio.

De igual forma, y con unidad de principios, respecto a la misionalidad o asistencia de los integrantes al cuerpo de la fuerza pública mediante la modalidad obligatoria, donde la prestación del servicio militar comporta para el reclutado un estado bien

³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1409/2000*

⁴ Artículo 27, Ley 48 de 1993

diferente respecto de aquel que ingresa voluntariamente al servicio –como es el caso de los soldados profesionales o de los oficiales y suboficiales- o del que no es seleccionado para estar en las filas de la fuerza pública.

En tales casos, dice el Consejo de Estado, hay un *“rompimiento del equilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas que se genera al ser incorporados”*. Quienes prestan el servicio militar obligatorio en su condición de bachilleres o campesinos, si bien están obligados a tomar las armas y reciben para ello una formación mínima, su preparación y adiestramiento en el aspecto militar y de defensa personal no alcanza niveles evidentes de proporcionalidad frente al peligro que afrontan, por razón del corto tiempo de servicio o la configuración física del conscripto. No es admisible por tanto, según la jurisprudencia, que se asigne justamente a los menos preparados la responsabilidad más grave, o una igual o equivalente a la del soldado cuya formación en esos campos es más completa. Por ello, *“las tareas más peligrosas y la responsabilidad de ataque y respuesta armada en zonas y situaciones calificadas como de alto riesgo deben ser atendidas en primer lugar por los soldados voluntarios, luego por los regulares y sólo en última instancia por los bachilleres y campesinos”*.⁵

Dicho en términos llanos: no es igual la situación de quien obligatoriamente es llevado a las filas militares, de aquel que va voluntariamente a las mismas o del que pasa directamente a la universidad o a las filas de desempleados.

Según lo anterior y en publicación electrónica de *la JUDICATURA DEMOCRATICA EN COLOMBIA*, donde dice *“la decisión del Consejo de Estado no hace cosa distinta que asegurar el cumplimiento del principio constitucional de*

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia N° 19001-23-31-000-1996-8016-01(14422), de 14 de Diciembre 2004

igualdad y la más razonable interpretación de una ley, en un contexto de guerra en el que existen otros llamados a enfrentar los mayores riesgos de la misma”⁶.

Es efectivo entablar la preocupación estatal respecto la situación momentánea, prestacional y misional de los conscriptos no profesionales o regulares al servicio de la fuerza pública, lo cual es apremiante al interés social e igualdad de derechos de los coasociados, no obstante, es carente de examen interpretativo o de pronunciamiento jurídico la situación de orden legal respecto a la inmersión situacional al delito militar de los mencionados, ya que anunciando los lineamientos reguladores del servicio y soportes de obligatoriedad del mismo, no puede olvidarse la situación delictiva militar, en la cual, un ente transitorio del servicio militar obligatorio se ve inmerso con criterios paralelos en la graduación de las penas militares, incumpliendo con el sistema lógico jurídico, que se reflejaba con el tratamiento especial de los mencionados.

2. IGUALDAD DE TRATAMIENTO PENAL DE LOS DESIGUALES

La igualdad es un punto principal en el tratamiento de los sujetos de derecho, empero la situación social hace que las personas que se encuentran en determinados ámbitos y desarrollo funcional, deben obtener un llamado diferente que otra clase de individuos, es así como en reiteradas oportunidades lo ha dicho la Jurisprudencia Colombiana y lo desarrolla la doctrina, entendiendo en el principio de igualdad como, la igualdad entre desiguales, pues la aplicación del principio de igualdad propiamente dicho sin realizar profundos análisis no generaría otra cosa que desigualdad, esto sin llegar a una interpretación errónea desde el punto de vista de las excepciones de los sujetos por su condición o investidura, ya que sin duda la norma jurídica expresa comportamientos determinados, y específicos o a contrario generales, que podrían en algún

⁶ JUDICATURA DEMOCRATICA EN COLOMBIA, <http://judeco.ilsa.org.co>, consulta 04 de abril de 2010.

momento dejar por fuera o con regulación idéntica a los que por sus nexos, fines, o convicciones, pueden tener una equivalencia contraria al sujeto que representan.

Y bien, El derecho a la igualdad está consagrado en la Convención Americana y en la Declaración Americana de derechos del hombre, y en ellas se prohíbe a los estados toda discriminación, esto y para el tema a un mas efectivizado con el debido proceso que podemos traducir como aquel que *“ constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales”*⁷

*El debido proceso comprende un conjunto de principios, tales como el de legalidad, el del juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales.*⁸

Por ende podemos observar la relevancia social e internacional de estos derechos, donde se puede ver en una sola norma la trasgresión directa de los citados, y los resultados sociales que puede generar en la evolución de los determinados en un servicio.

Es de soporte de entendimiento para la reflexión penal sancionatoria desequilibrada de los servidores militares obligatorios, que entremos a referenciar una serie de pautas respecto al principio de igualdad, ya que se debe dar un trato igual para quienes se hallan en idéntica situación y se plasma una consecuencia diversa respecto de quienes están en otras circunstancias, lo cual desarrolla el derecho a la igualdad que, en los términos de la jurisprudencia de la Corte

⁷ Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001.

⁸ Sentencia T-572 del 26 de octubre de 1992 (M.P. Jaime Sanín Greiffenstein).

Constitucional, supone precisamente "*trato igual entre iguales y trato diferente en condiciones distintas*". La Carta no contempla una igualdad matemática que desconozca las diferencias intrínsecas o que pase por encima de situaciones que, desde el punto de vista fáctico, sean en verdad diferentes de las generales.

Respecto al alcance del derecho a la igualdad la *Corte Constitucional en Sentencia C-530 del 11 de noviembre de 1993. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero*). ha manifestado:

"El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones:

- En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho;

- En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad;

- En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales;

- En cuarto lugar, que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna;

-Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican".⁹

Si concurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso

⁹ *Corte Constitucional. Sentencia C-530 del 11 de noviembre de 1993*

contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución.

En análisis y fundamento de lo antes expuesto se puede reflejar que existe una unidad descriptiva y lógica de los requisitos exigidos para el tratamiento diferente pero en igualdad de algún miembro, que para el caso, se refleja una distinción vinculante, visional, misional, prestacional, y otros, que demuestran con claridad el disto legal de los miembros profesionales o de carrera con los sujetos que prestan el servicio militar obligatorio, y que por ende, esa igualdad institucional, debe ser tratada y castigada con unidad de apartes pero con proporcionalidad a los sujetos, basándose en los engranajes diferenciales de los sujetos de examen en este manuscrito.

2.1 PENALIZACION MILITAR IGUAL AL DESIGUAL

En principio corresponde a la Fiscalía General la investigación e instrucción de los delitos, pero, la constitución establece el fuero militar, en virtud del cual, los delitos cometidos por ***los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio son conocidos por la justicia penal militar (CP art. 221)***¹⁰. Una armonización de esos dos mandatos implica, que el fuero militar es una excepción a la regla general, según la cual corresponde a la justicia penal ordinaria la investigación y sanción de los delitos. Precisamente por tal razón, el propio artículo 250 de la Carta, al establecer que corresponde a la Fiscalía General la investigación de los delitos y la acusación de los presuntos infractores, exceptúa de tal competencia los hechos punibles amparados por fuero militar, esto es, los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio.

¹⁰ Acto legislativo 2 de 1995, Artículo 221 Constitución Nacional.

Por ende y con relación al tema de reflexión, las personas sujetas a la penalización de orden militar pueden ser los profesionales o vinculados en carrera militar y aquellos que prestan el servicio militar obligatorio.

Desde este punto, y en análisis jurídico, existen delitos militares que solo pueden ser realizados por determinadas personas cualificadas de vinculo militar o policial, *verbi gratia*, como el delito de abandono de comando y sus modalidades (comandantes, jefes, directores), abandono del buque por el comandante (comandante), desobediencia de personal retirado (oficial o suboficial en retiro temporal o de reserva) cambio de derrotero (comandante), omisión en naufragio, catástrofe o siniestro (comandante), abandono indebido de tripulación (comandante u oficial), deserción (el incorporado al servicio militar, prisionero de guerra), y otros delitos que reflejan la diferenciación situacional y típica del delito respecto al sujeto, pero que en análisis del compendio legal penal militar (ley 522 de 1999)¹¹, refleja un agravante únicamente para algunos delitos si son realizados por quien ostente la comandancia, tal como el delito de abandono de puesto, etc, de igual forma se refleja un ámbito jurídico con posibilidades delictivas para cualquier sujeto de vinculo militar o policial, sin distinción en cuanto a la calidad del sujeto, que para el caso reflexivo son los prestamistas del servicio militar obligatorio.

El análisis típico descriptivo de la norma jurídica militar, penaliza en delitos como la *“insubordinación, la desobediencia, ataque al superior, abandono de puesto, delito de centinela, inutilización voluntaria, injuria, calumnia, falsa alarma, uso indebido de uniformes”*¹² y otros tantos, al sujeto que comete el acto punible, de la misma forma en cuanto al mínimo y máximo de la graduación de la pena. Según los párrafos descritos, se genera un momento jurídico delictivo de penalización general en delitos para los miembros profesionales y los involuntarios, esto desde el punto de vista del principio de igualdad y proporcionalidad en cuanto a la

¹¹ Artículos 121, 122, 123, 163, 116, 166, 164, 128, Ley 522 de 1999.

¹² Artículos 112, 113, 118, 124, 131, 135, 140, 141, 148, 151, Ley 522 de 1999.

unidad del hecho personal, misional y de vinculación de los sujetos, sería un acto violatorio y arbitrario de exigencia de punibilidad a sujetos que no despliegan las mismas directrices y formaciones que los misionales voluntarios.

No obstante, se considera prudente y oportuno en la jerarquización castrense y policial, que aunque sean miembros estacionales y de deber constitucional, aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, por el hecho de entrar hacer parte del servicio a la fuerza pública se deben acoger al régimen institucional y por ende a las directrices disciplinarias y penales del mismo, empero no se puede catalogar a un miembro de estos como un ser estructural y misional que deba soportar la misma sanción penal de un miembro profesional y de servicio voluntario.

La expresión del legislador en representación del pueblo, para el tema, no puede ser la de tomar a jóvenes sin expresión discrecional y fundamentación de interés castrense o policial para castigar con tasaciones iguales de pena a personas sin ideal, dirección e ingreso a la vida de servicio institucional de fuerza para el estado, ya que el discernimiento, adaptación, vinculación y voluntariedad no daría un equilibrio de exigencia penal a los que tienen las convicciones y entendimientos de los servicios policiales o militares, y que siendo un auxiliar o prestador regular o bachiller del servicio, tenga a la hora de incurrir en un delito penal militar la misma graduación penal que otro; a modo de ejemplo, porque un soldado regular o auxiliar de policía sin objetivos misionales, convicciones, entendimiento militar o policial, si cometiere el delito *de abandono de puesto o el de centinela*¹³ u otros tantos, sería penalizado de uno a tres años de arresto, como si lo cometiera un profesional militar o policial quien tiene con entera seguridad, formación, ideal, convicción, valores, principios, conocimientos del servicio y los delitos que lo comprenden; esto es diferencial.

¹³ Artículos 124, 131, Ley 522 de 1999.

No debe confundirse el artículo reflexivo con el punto de vista dogmático colombiano penal de acto y no de autor, ya que el presupuesto deseado por los presentes escribientes, es la de que el legislador o quienes apliquen la Ley militar, comprendan la desproporción jurídica tasacional penal, con individuos de tratamiento, condiciones y convicciones diferentes, que traen al sistema penal militar un análisis jurídico procesal idéntico, de un ser que no tiene la conciencia voluntaria y con inmadurez militar o policial.

Nótese como el legislador comprende al delito militar de deserción como un diferencial, cualificando como sujeto activo a los desertores o miembros del servicio militar obligatorio, no obstante genera una adecuación abierta en cuanto al sujeto activo para los demás tipos penales militares, con excepción de los cualificados, dejando a la deriva la penalización de los demás tipos penales con relación a los conscriptos y sin importar la calidad transitoria de los mismos, interpretándose lógicamente que todo sujeto que cometiere un delito penal militar se castigara en igualdad sea de profesional de carrera o no, cosa que desde el punto de vista general del derecho penal, podría concebirse, pero desde el punto de vista penal militar, no, ya que este es una excepción y goza de un fuero que debe ser examinado en igualdad según el sujeto, puesto que en este, existen dos, que para el estudio son quienes se vinculan a las filas por voluntad y quienes se vinculan por obligación, lo cual los hace unánimes en cuanto a la institución militar o policial, servicio público, uniforme, pero con objetivos, misiones, intereses, tratamientos, convicciones y preparación diferente que lleva a la inserción delictiva militar con comprensión distinta del profesional de carrera militar o de policía.

Grosso modo el código penal militar debe discriminar la tasación de la pena para los miembros del servicio militar obligatorio, como la de atenuar o expresar otros límites de graduación de la pena en los cometidos por los mencionados, es decir, tomar los tipos punibles, dándoles normativamente una atenuación al quantum

mínimo y máximo de la pena, o expresar en cada uno de los tipos penales como el de insubordinación, desobediencia, ataque al superior y los demás, la graduación de la pena en mínimos y máximos si fuere cometido por un miembro auxiliar o militar obligatorio y así abriría una igualdad de penalización entre servidores diferentes.

2.2 DIFERENTE RÉGIMEN DISCIPLINARIO PERO IGUAL PENAL MILITAR.

Es interesante para el desarrollo del artículo reflexivo, dar una mirada a la legislación disciplinaria atribuible a los miembros del servicio militar obligatorio en las fuerzas militares y en la Policía Nacional, puesto que se ha planteado una inconstitucionalidad atribuible a la diferencia de trato que en materia disciplinaria se desprende de la ley para quienes prestan su servicio militar obligatorio, dependiendo de si lo hacen en las fuerzas militares o en la policía nacional.

Así, si bien puede aceptarse la existencia de una categoría general de sujetos conformada por quienes prestan su servicio militar obligatorio, no es menos cierto que las condiciones en las que el servicio se presta difieren notoriamente según que se trate de las fuerzas militares o de la policía nacional.

La jurisprudencia constitucional ha puesto de presente que la misma Constitución ha previsto la existencia de un sistema de carrera y de un régimen disciplinario independientes para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional. En efecto, el artículo 217 superior relativo a las primeras afirma que *“La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”*¹⁴; por su parte el 218 *ibídem*, concerniente a la

¹⁴ Artículo 217, Constitución Política de Colombia

Policía Nacional, establece que *“La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”*¹⁵.

A partir de esas premisas, en la Sentencia C-421 de 2002, la Corte expresó que *“... en el juicio de igualdad propuesto, (...) el término de comparación utilizado por el actor resulta inapropiado, pues no es posible establecer, válidamente, una equivalencia entre el personal de la Policía Nacional y el personal de las Fuerzas Militares en materia de régimen disciplinario ...”*¹⁶

Puntualizó la Corte en esa oportunidad que resulta claro que los miembros de las Fuerzas Militares -Ejército Nacional, Fuerza Aérea y Armada Nacional- y los de la Policía Nacional no se encuentran en la misma situación frente a la imposición de sanciones disciplinarias y que a esta conclusión se llega a partir del hecho de que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, si bien ambas forman parte de la Fuerza Pública (C.P. art. 216), tienen una distinta naturaleza jurídica y persiguen distintos fines constitucionales.

Expresó la Corte que las referidas 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’*¹⁷.

Con todo, cabe advertir que la jurisprudencia constitucional ha señalado que, no obstante que la diferencia de regímenes jurídicos excluye, en principio, la exigencia de un tratamiento equivalente entre los destinatarios de uno y otro, no

¹⁵ Artículo 218, Constitución Política de Colombia

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-421 de 2002

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-421 de 2002

es menos cierto que no toda diferencia de trato puede tenerse como justificada a la luz de ese criterio. Así, por ejemplo, la Corte, en la Sentencia C-171 de 2004, al pronunciarse sobre el tratamiento diferenciado entre la jurisdicción penal ordinaria y la Justicia Penal Militar en punto a los requisitos para acceder a los cargos de cada jurisdicción, señaló que, no obstante que ese tratamiento diferenciado “... *no constituye –per se- violación al principio de igualdad constitucional, porque la disímil estructura jurídica de una y otra excluye el tratamiento equivalente ...*”, esa conclusión “... *no resuelve lo atinente a la legitimidad del trato diferenciado objeto de la demanda, ya que es claro que no cualquier tratamiento diferente podría autorizarse con el simple argumento de que el trato diferente está permitido.*” Agregó la Corte que “[a]demás de estar permitido, el trato diferencial debe ser *legítimo, razonado y proporcional.*”¹⁸

De este modo se tiene que, de acuerdo con la jurisprudencia, no obstante que el legislador está facultado para diseñar diferentes regímenes disciplinarios para las instituciones de la Fuerza Pública, no puede desconocer ciertos límites que se derivan de la Constitución, entre los cuales se encuentra aquel conforme al cual, aún ante situaciones distintas, no es posible establecer diferencias de trato que resulten irrazonables o desproporcionadas.

No obstante y con elementos de inferencia lógica jurídica, se ha establecido en el presente escrito una diferenciación respecto al trato jurídico disciplinario de los miembros de las fuerzas militares y la Policía Nacional, que para el tema examinado se entrelaza un criterio constitucional de condicionamientos de conducta y sancionatorios diferentes a los miembros del servicio militar obligatorio en la Policía y en las fuerzas militares, que según referencias de apartes anteriores se comprende y acepta la distinción disciplinaria dentro de los regímenes explicados, de otro lado y en desacuerdo de criterio, se entra con mayor soporte a la explicación de la desproporción jurídica de penalizar de igual

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2004

forma a los miembros tratados con los de carrera militar o policial, que para mayor amplitud y según lo expuesto en este numeral se ve que el miembro del servicio militar obligatorio tiene trato diferente disciplinariamente entre miembros de las fuerzas militares y trato igual pero con una excepción sancionatoria que es la multa respecto a los miembros de la Policía Nacional, empero, los mismos tienen un trato igual de penalización y exigencia en el sistema penal militar, esto en ultimas crea una desproporción lógica jurídica.

CONCLUSIONES

1. Ante el problema planteado que es la carencia equitativa en la penalización entre un funcionario en carrera y otro como auxiliar de la fuerza pública, efectivamente se verifica en principio una palmaria desproporcionalidad. Lo que indubitablemente debe impeler a los actores correspondientes a generar los cambios necesarios para reajustar pertinentemente la actual practica jurídica en lo relacionado a estos sujetos procesales con una calidad especial.
2. Se columbra un equívoco en la penalización de la conducta típica, y se considera que su hierro fundamental radica en el desconocimiento de un derecho humano y constitucional cual es el derecho a un trato igualitario.
3. De igual forma se resuelve la problemática planteada con la síntesis diferencial del personal del servicio militar obligatorio en las diferentes escenas vinculatorias del servicio y la sancionatoria disciplinaria y penal militar, que muestran un acuerdo entendible desde el punto de vista del régimen disciplinario pero no del régimen penal militar, que concluye como

solución de pensamiento legislativo, en cuanto a los miembros del servicio militar obligatorio, que deben ser regulados por normas sancionatorias y conductuales a la calidad de sujetos que son, con una disminución cuantitativa en la pena.

4. De otro lado, se prevee, un interés diverso entre los diferentes miembros de la fuerza pública y un compromiso disímil, generado en las diversas calidades de miembros de la fuerza pública, y sus vínculos con el Estado lo que de manera lógica también tendría que generar diversos niveles de responsabilidad entre los sujetos que los llevan a realizar actos con inmadurez y sin compromiso desde un inicio sujetándose a los direccionamientos del principio de proporcionalidad.
5. Sin lugar a duda, se estableció que la reflexión del legislador, llevaría a la creación equitativa de la graduación penal militar.

BIBLIOGRAFÍA

OSCAR JULIAN GUERRERO PERALTA GARANTIAS Y DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Colección de Pensamiento Jurídico No 23 Instituto De Estudios del Ministerio Publico.

JACQUELINE RUBIO BARRERA EL INJUSTO EN EL DELITO MILITAR DE DESOBEDIENCIA Colección Derecho Penal No 14 Instituto De Estudios del Ministerio Publico.

MARTINEZ, Mauricio. "Estado de Derecho y política Criminal". Editorial Jurídicas Gustavo Ibáñez. Primera Edición. Bogotá, 1995

HERNAN DARIO OROZCO LOPEZ LA INTERVENCION DELICTIVA EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN Colección Pensamiento Jurídico N° 27 Instituto De Estudios del Ministerio Publico.

FERRATER MORA, José. Diccionario de Filosofía. Editorial Alianza S.A. Madrid. 1979. Tomo 4

OLIVAR BONILLA, Leonel, Derecho Penal Militar. Aspectos de actualidad. Edit. Librería del Profesional. Bogotá, 1980.

Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana - Espasa Calpe S. A. Madrid Barcelona. 1929. Tomo 68.

Constitución Política de Colombia, Artículos, 216, 217 218

Acto legislativo 2 de 1995, Artículo 221 Constitución Nacional.

Ley 48 de 1993, Art. 10, 27, por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización.

Ley 522 de 1999 Artículos 121, 122, 123, 163, 116, 166, 164, 128, 124, 131

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-511 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1409 de 2000

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-421 de 2002

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 171 DE 2004

Corte Constitucional, Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia T-572 del 26 de octubre de 1992

Corte Constitucional. Sentencia C-530 del 11 de noviembre de 1993

Corte Constitucional, Sentencia C-308 del 29 de abril de 2009

Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia N° 19001-23-31-000-1996-8016-01(14422), de 14 de Diciembre 2004

JUDICATURA DEMOCRATICA EN COLOMBIA, <http://judeco.ilsa.org.co>, consulta 04 de abril de 2010.