

FUERO PENAL MILITAR “RELACIÓN CON EL SERVICIO”

Jenny Marcela Ducuara¹
Diana Lucila Muñoz Junco²

Universidad Militar Nueva Granada

Resumen

El derecho penal militar se concibe como una rama especial del derecho penal, el cual, particularmente en nuestro país, tiene como fuentes la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia, las cuales han venido evolucionando con el paso del tiempo, estructurando y caracterizando a su vez una jurisdicción especial, cuya base es el Fuero Penal Militar.

La finalidad del derecho penal militar es proteger determinados bienes jurídicos relativos a la Fuerza Pública y a sus miembros, evitando cualquier tipo de irregularidades en el cumplimiento de las funciones que el Estado les ha encomendado, mediante la imposición de límites al ejercicio de la fuerza, con miras a ratificar la existencia del derecho y la supervivencia misma del Estado.

El Fuero Penal Militar es la base misma de la existencia del derecho penal militar, de una jurisdicción especial que implica una excepción al principio del juez natural, razón por la cual, los miembros de las Fuerzas Militares en servicio activo que en el cumplimiento de su misión constitucional y legal, cometan delitos relacionados con el “mismo servicio”, serán juzgados por la jurisdicción militar.

Por ser nuestra Fuerza Pública parte de la institucionalidad, de nuestra historia, no podemos permitir que el común de la gente desconozca los alcances del fuero

¹ Estudiante de Posgrado de la Universidad Militar Nueva Granada. Abogada de la UMNG.

² Suboficial del Ejército, Estudiante de Posgrado de la Universidad Militar Nueva Granada, Abogada UMNG, Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de La Pontificia Universidad de Javeriana, Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Pueblos Indígenas. Presidencia de la República y Fundación Hemera, Diplomado Fundamentos en Logística. Escuela de Logística Ejército Nacional, Curso Básico Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Universidad Autónoma de Bucaramanga.

militar, y que el tema pertenezca en exclusiva a los miembros de la Fuerza Pública, quienes son sus directos destinatarios.

Palabras Clave: Derecho Militar; Fuero Militar; Tribunales Militares; Derecho Internacional; Derechos Humanos.

MILITARY CRIMINAL COURT "RELATION WITH THE SERVICE"

Abstract

The military law is conceived as a special branch of criminal law, which, particularly in our country, have as sources the Constitution, law and jurisprudence, which have evolved over time, structuring and characterizing turn a special court, whose base is the military criminal courts.

The purpose of military law is to protect certain legal rights concerning the Armed Forces and its members, avoiding any irregularities in the performance of the functions that the state has given them, by imposing limits on the exercise of force, view to ratifying the existence of law and the very survival of the state.

The Military Criminal Jurisdiction is the very basis of the existence of military law, a special jurisdiction that involves an exception to the judge, reason, members of the Armed Forces on active duty in fulfilling its constitutional and statutory mission, commit crimes related to the "same service" will be tried by military tribunals.

As our forces of the institutions, our history, we can not allow most people unaware of the scope of military jurisdiction, and that the issue belongs exclusively to the members of the security forces, who are the direct beneficiaries.

Keywords: Military Law, military courts, military tribunals, international law, Human Rights

INTRODUCCIÓN

1. EL FUERO

1.1 CONCEPTO

Etimológicamente, la palabra "fuero", proviene del latín "forum", vocablo que significa foro o tribunal³.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua⁴, las definiciones que se ajustan a este trabajo son:

- a. Privilegio, prerrogativa o derecho moral que se reconoce a ciertas actividades, principios, virtudes, etc., por su propia naturaleza.
- b. Competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo. Fuero parlamentario.

Con base en importantes reseñas históricas, Guillermo Cabanellas⁵ hace una amplia enumeración del significado de fuero:

³ RODRIGUEZ USSA, Francisco. *Estado de Derecho y Jurisdicción Penal Militar*. Editorial Compoarte. Bogotá. 1980. p.9 y ss.

⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Vigésima segunda edición. Disponible también en versión HTML en: <http://www.rae.es/>. FUERO: a) Históricamente, norma o código dados para un territorio determinado y que la Constitución de 1978 ha mantenido en Navarra y en el País Vasco; b) Jurisdicción, poder. Fuero eclesiástico, secular; c) Compilación de leyes. Fuero Juzgo. Fuero Real; d) Cada uno de los privilegios y exenciones que se concedan a una provincia, a una ciudad o a una persona; e) Privilegio, prerrogativa o derecho moral que se reconoce a ciertas actividades, principios, virtudes, etc., por su propia naturaleza; f) Arrogancia, presunción; g) Competencia a la que legalmente están sometidas las partes y que por derecho les corresponde; h) Competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo. Fuero parlamentario; i) Lugar o sitio en que se hacía justicia.

⁵ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. 1981. T IV. P.120.

- a. El tribunal a cuya jurisdicción está sometido el reo o demandado, designado en este sentido como fuero competente.
- b. El juicio, la jurisdicción y potestad de juzgar, en cuyo sentido se dice que tal causa pertenece al fuero eclesiástico, si corresponde el juicio a la jurisdicción o potestad eclesiástica, etc.
- c. El lugar del juicio, esto es el lugar o sitio en que se hace o administra justicia.
- d. El distrito o territorio dentro del cual puede cada juez ejercer su jurisdicción.

Adicionalmente, el fuero tiene otra connotación, que tiene que ver con un tipo especial de legislación, entendido como un conjunto de normas aplicables a determinadas personas, constituyéndose una codificación de una serie de instituciones jurídicas consuetudinarias que se originaron en España, en particular la denominada legislación foral, la cual se aplicaba a los habitantes de las localidades respectivas.

1.2 CONTENIDO

El concepto de fuero está ligado de manera especialísima al de jurisdicción, siendo entendido como la competencia de un tribunal para juzgar a determinadas personas en consideración a su investidura o a su profesión.

En la Edad Media surgieron jurisdicciones de carácter privilegiado a favor de los habitantes de una determinada población, e incluso se otorgaba este beneficio a individuos por causa del oficio que desempeñaban. Es por ello que en España a finales del siglo XVIII, existían aproximadamente veinte jurisdicciones o fueros, entre los

cuales se encontraban el fuero de León, de Castilla, de Salamanca, de Burgos, de Navarra, entre otros, y a su vez había fueros especiales entre los militares, los cuales atendían a la jerarquía de los mismos o a la condición social del militar inculcado, quien podía ser noble o plebeyo, así como también en consideración del arma a la que pertenecía.

1.3 ALCANCE

En el Estado de Derecho, la existencia de los fueros no constituye en realidad un privilegio, más bien es la respuesta a una necesidad de orden social, la cual no es otra que la de preservar la independencia y la propia dignidad de quienes cuentan con determinado cargo o investidura, constituyéndose a favor de las funciones públicas y el orden institucional, más no como un simple favorecimiento que se le hace a determinadas personas. Entendido de esta manera, el fuero puede ser:

Ordinario, poder en virtud del cual se pueden conocer todas las causas, ya sean civiles o criminales, siempre que las mismas no se constituyan como competencia de los tribunales especiales, y,

Privilegiado, poder que se tiene para conocer determinada clase de causas, o las que hacen referencia a determinadas personas en razón de su condición especial, de la función que desempeñan, e incluso de la profesión en la que se desenvuelven en la sociedad; cuyo conocimiento ha sido expresamente sustraído de los tribunales ordinarios.

1.4 SIGNIFICADO

El significado más común que se asigna al fuero, es, según Cabanellas, el del fuero privilegiado⁶. Es la competencia en cabeza de un tribunal para conocer de los hechos atribuibles a determinadas personas, por motivo de su condición especial, de la función que desempeña en la organización social, o de su profesión⁷.

Cuando una persona está cobijada por el fuero, se da a entender que ese individuo ha de comparecer no ante el tribunal que la ley ha establecido para los ciudadanos en general, bien sea por el territorio en el que aconteció, la naturaleza del hecho mismo, o por la cuantía; sino ante el tribunal especialmente señalado, en consideración a su investidura o al título que ostenta, siendo una excepción al principio de igualdad ante la ley.

1.5 NATURALEZA JURÍDICA

En Colombia se adopta constitucionalmente la teoría de la tridivisión del poder público (artículo 113 Constitución Política de 1991), estableciendo como las ramas del mismo, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, de igual forma este artículo establece que adicionalmente a los órganos que las integran, existen otros autónomos y señala que entre los diferentes órganos del Estado, deberá existir la separación

⁶ Ibid., p.120.

⁷ Revista de las Fuerzas Armadas. *El fuero penal militar para la Policía Nacional*. Bogotá. Vol. XXXX, No. 117, (oct-dic. 1985).

de sus funciones y la armónica colaboración para la realización de sus fines.

En este sentido, en nuestra actual Constitución Política, la justicia es regulada como un valor esencial del orden político, económico y social justo, que instituye el Estado Social de Derecho, vital para la convivencia pacífica, garantizador de los derechos de las personas y regulador, cuya realización operativa es confiada a la rama jurisdiccional, la cual constituye una rama orgánica y funcional⁸.

A este respecto, la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del proyecto de la Ley estatutaria de la administración de justicia, Ley 270 de 1996, en sentencia C-037 del mismo año, con referencia al artículo primero de dicho proyecto, sostuvo que:

“Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo”⁹.

Y adicionalmente, consideró la Corte que:

⁸ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de derecho penal. Tomo II*. Buenos Aires: Losada, 1956 p.1290.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de enero de 1996. MP. VLADIMIRO NARANJO MESA.

“Para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no solo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver”.

En concordancia con lo anterior, tenemos que uno de los principios fundamentales en un Estado Social de Derecho es el de la igualdad ante la ley, establecido en el artículo 13 de nuestra Constitución Política, según este principio todos los asociados ostentan las mismas garantías y se encuentran sometidos a las mismas cargas y obligaciones respecto a la ley.

Bajo tales condiciones, tanto los tribunales que administran justicia, como las leyes en las que se basan para hacerlo, son los mismos para las mismas situaciones jurídicas, siendo ésta la regla general. Empero, como oposición a ésta, surge una garantía especial en razón de cierta investidura, cargo o función pública, que le otorga a determinadas personas unas garantías específicas, con relación a los tribunales encargados de pronunciarse frente a derecho y los procedimientos para llevarlo a cabo.

Según lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, administran justicia: la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los Jueces y la Justicia Penal Militar; excepcionalmente, bajo los condicionamientos indicados en tal norma, se confiere la misión de administrar justicia al Congreso, a determinadas autoridades y a los particulares.

Asimismo, la Constitución al regular las jurisdicciones especiales en sus artículos 246 y 247, extiende la función de administrar justicia a las autoridades de los pueblos indígenas y a los jueces de paz.

Al ser analizadas desde una perspectiva sistemática las normas constitucionales que constituyen los pilares básicos de la administración de justicia, se infiere que la función del órgano habilitado para el ejercicio de la actividad jurisdiccional cuenta entre otras, con las siguientes características¹⁰:

- Es función pública que emana de los órganos que ejercen una función que está al servicio de los intereses generales.
- Es una función autónoma e independiente, por ende, ajena a las interferencias de las otras ramas del poder público. Sus decisiones por consiguiente son independientes.
- Es función desconcentrada y autónoma.
- Es función universal porque todos tenemos derecho a acceder a ella.

¹⁰ RODRIGUEZ USSA Francisco. *Derecho Penal Militar. Teoría General*. Op. Cit., p.88.

- En la actuación del órgano prevalece el derecho sustancial sobre el personal o adjetivo, ella está sometida al igual que el ejercicio de la función administrativa a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y salvo las excepciones legales, al principio de publicidad.
- El producto de la función de las jurisprudencias judiciales está sujeto inexorablemente al imperio de la ley, aunque como auxiliares de la actividad judicial puedan ser utilizadas "la equidad, la jurisprudencia y la doctrina".
- Es función reglada, en cuanto a que la actividad judicial debe adecuarse a los principios, valores y derechos constitucionales, entre ellos, los que conciernen a las garantías a que aluden a los artículos 28 al 35 de la Constitución Política.

Con base en las anteriores precisiones, se concluye necesariamente que los denominados "fueros" se encuentran consagrados y regulados constitucionalmente, por lo tanto son parte de todo el Sistema Social de Derecho, constituyéndose como excepciones al principio ante la ley y no como simples privilegios.

De la calidad excepcional del fuero penal militar, podemos deducir que los miembros de la Fuerza Pública cuentan en parte con un carácter exceptivo, puesto que le es constitucionalmente imposible a los tribunales ordinarios juzgarles cuando éstos se encuentran en servicio activo por la comisión de delitos relacionados con el mismo servicio, lo anterior considerando que la regla general para los particulares es que se someten al régimen judicial común, es decir a la justicia ordinaria.

A ese respecto, Rodríguez Ussa manifiesta que pese a que el Fuero Militar se tiene como una excepción al principio de igualdad ante la ley,

“paradójicamente, antes de atentar contra el régimen de derecho, tiende a salvaguardar y a proteger, no propiamente a las personas de los militares, sino a la institución, soporte y fundamento de ese mismo régimen: sus Fuerzas Armadas”.¹¹

Concluimos pues, de acuerdo con Rodríguez Ussa, que la razón de ser del fuero penal militar no es otra que servir a la Fuerza Pública como instrumento, por medio del cual se le permita disciplinar y enderezar la conducta de sus miembros activos; justificando de esta manera su carácter excepcional y dándose un lugar en la estructura constitucional, ya que forma parte de los principios y de la organización de la administración de justicia en nuestro Estado Social de Derecho.

Lo anterior, sin dejar de lado que dicho fuero tiene sus raíces en la especialidad misma de la actividad del miembro de la Fuerza Pública, en el desarrollo de la misión que constitucionalmente se le ha asignado, ya que la garantía del fuero surge de el servicio y las actividades tendientes a cumplirlo, no del miembro en sí mismo considerado, siendo pues una excepción al principio del juez natural, no solo por las calidades mismas del miembro de la Fuerza Pública, sino de su actividad, en lo referente a los elementos objetivos y subjetivos del fuero.

¹¹ RODRÍGUEZ USSA, Francisco. *Derecho Penal comparado*. Tomo I. Bogotá. Editorial FRU p.81.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FUERO PENAL MILITAR

2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

La historia del Derecho Penal Militar tiene su causa en el origen mismo de la humanidad, en la cual siempre se ha requerido la presencia de un grupo de sus miembros facultados para defender los intereses del territorio y brindar protección a sus miembros.

Como consecuencia de lo anterior, los historiadores militares, coinciden al afirmar tal como lo hace Rodríguez Ussa, que el Derecho Penal Militar ha estado presente desde la antigüedad en pueblos tales como Atenas, Cartago, Macedonia, Persia, India, entre otras y su finalidad era hacer juzgamientos durante situaciones de guerra, aplicando unos procedimientos especiales, procedimientos "sui generis".

Antiguamente, los ejércitos estaban conformados por los llamados guerreros de ocasión, quienes acompañaban a los jefes de sus tribus en sus luchas con otras tribus, para salvaguardar el dominio territorial, la supremacía, o simplemente por vengar alguna ofensa; al finalizar la lucha, los guerreros retornaban a sus habituales ocupaciones, siendo independientes, esto es, que no hacían parte de una organización estatal, ni mando organizado alguno.

Luego, los imperios nacientes que necesitaban de esta clase de servicios de defensa acudieron a los mercenarios o condotieres, quienes recibían una paga por sus servicios, más no tenían ninguna clase de sujeción a los mismos.

Como desarrollo de la necesidad de defensa, en la antigua Roma aparecen las fuerzas armadas permanentes, las cuales, tal como lo manifiesta Rodríguez Ussa, pueden considerarse como los embriones de las fuerzas militares. De esta manera Roma hizo un gran aporte a la civilización, en la cual se constituyen como elementos esenciales su poderío militar y la extensión de sus dominios.

En Roma se desarrolló inicialmente el fuero militar para asuntos militares y de disciplina, de tal suerte que es en el derecho Justiniano donde encontramos los primeros antecedentes del fuero.

Dicho fuero especial para los militares, tal como lo recuerda López Muñiz, era una institución que debido a su gran influencia era ejercida por los tribunos militares, así: el primero era quien ostentaba el mando superior en el Ejército, el cual contaba con facultades civiles y jurisdiccionales y, en segundo lugar se ubicaba el jefe de las legiones romanas, divididas a su vez en tres, las cuales contaban con un tribuno a su mando, éstos últimos eran los encargados de administrar justicia respecto de sus tropas y contaban con funciones similares a las de los cónsules.¹²

En lo referente a los asuntos civiles, recuerda López Muñiz que el emperador Constantino dispuso que los militares que cometiesen delitos civiles, fueran juzgados por los jueces ordinarios, posteriormente Arcadio ratificó dicha disposición. Contrario a lo anterior, los emperadores Honorio y Teodosio II otorgaron al demandante la facultad de citar al militar ante los Tribunales Ordinarios o ante el Magister Militum, pero dichas disposiciones rigieron por poco tiempo.

¹² LÓPEZ MUÑIZ. *Diccionario Jurídico de la Guerra*. Tomo VII. Madrid. Editorial Gesta, 1958.

En la Edad Media, los Reyes eran quienes dirigían en forma absoluta sus dominios, los poderes del Estado concurren en ellos, de tal manera que el ejecutivo, el legislativo y el judicial estaban en cabeza de una sola persona, del Rey, razón por la cual todos los conflictos de diversa índole eran estudiados y resueltos por éste, sin tener en cuenta la calidad de las partes del mismo, por lo cual se afirma que durante este periodo no existió el fuero militar.

Posteriormente, con la aparición de los ejércitos profesionales, comandados por los mercenarios se presenta el fuero en cierta forma, pues éstos eran los encargados de dirimir los conflictos que se presentaren al interior de sus tropas; sin embargo, dicha facultad se encontraba viciada, puesto que existía la posibilidad de que se entorpeciera la justicia requerida por parte del Soberano a cuyo servicio se encontrase el mercenario.

En la Constitución de 1812, se estableció en el artículo 248 la existencia de un único fuero para todas las personas, pero en el artículo 250 se admitieron dos excepciones a lo anterior, para el caso de los eclesiásticos y los militares, y se dijo que los últimos gozarían fuero particular en los términos establecidos en la ordenanza, o que en el futuro se estableciesen.

Dicha norma fue retomada en el artículo 14 de la Constitución de 1978, en la cual se consagró el Fuero Militar en su artículo 117, numeral 5º, así: "... La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución".

El doctor Álvaro Mendoza Palomino, haciendo referencia al histórico discurso del Doctor Alberto Lleras Camargo en 1958 señala:

“Tres consideraciones llevan a fundamentar una propia y especial jurisdicción para las Fuerzas Militares: El imperativo de la disciplina y pronta obediencia, la específica y determinada formación de sus miembros como personas y profesionales, y la materia objeto de sus actuaciones. Son tres aspectos que colocan a la Institución en posición diferenciada frente a la sociedad civil y en sí concurren a limitar una jurisdicción militar en el campo penal”¹³

1. El imperativo de la disciplina y pronta obediencia

Estos dos elementos, son piezas claves en el día a día de los miembros de la Fuerza Pública, puesto que son consecuencia directa de la formación que éstos han recibido y de su misión, por ende se refieren a las conductas que los mismos deben o no llevar a cabo, de sus derechos y obligaciones, teniendo en cuenta la naturaleza de su posición, que no es otra que su condición militar.

A este respecto, la Corte Constitucional ha señalado que ha de diferenciarse entre la obediencia militar “que se debe observar por el inferior para que no se quiebre la disciplina y la que, desbordando las barreras del orden razonable, implica un seguimiento ciego de las instrucciones impartidas por el superior” y adiciona que no es posible invocar la obediencia militar debida con el fin de justificar la comisión de conductas que atenten manifiestamente contra los derechos humanos, en especial el de la dignidad, la vida y la integridad de las personas; tal es el caso de los homicidios fuera de combate, la imposición de penas sin juicio

¹³ MENDOZA PALOMINO. Álvaro. *Teoría y sinopsis de la Constitución de 1991*. Editorial Doctrina y ley. Bogotá. 1996. P.228.

imparcial previo, las torturas, las mutilaciones o los tratos crueles o degradantes".¹⁴

En otra sentencia, la Corte toca el tema al decir que pese a que se considere indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, se tacha de inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia debida, contrario a lo cual, se confirma una vez más que el principio de la obediencia debida no es absoluto. Por lo cual no exime de culpa el que se haya actuado conforme a las órdenes del superior, toda vez que existe el derecho del subalterno a controvertir dicha orden cuando ésta atenta contra los fines del servicio o contra los intereses de la sociedad, caso en el cual, el superior no puede reclamar válidamente obediencia.¹⁵

2. La específica y determinada formación de sus miembros como personas profesionales:

Dicha consideración, hace parte del llamado elemento subjetivo, el cual debe estar presente como condición para aplicar la justicia penal militar en un caso específico, lo que implica que quien haya cometido el delito sea un miembro activo de la Fuerza Pública; teniendo en cuenta que de lo anterior, se deduce que como consecuencia de su estricta formación, son unas personas íntegras y unos profesionales ejemplares por la misión misma que desarrollan, sin dejar de lado su disciplina y su preparación.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-222 del 18 de mayo de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 del 04 de diciembre de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En cuanto a su profesionalismo, tenemos que al ser miembro activo de la Fuerza Pública todas sus actuaciones deben estar encaminadas a cumplir los fines de la institución y a propender por el bienestar de la sociedad, por lo cual quedan excluidos del privilegio del fuero penal militar todas las actuaciones que contraríen estos principios, tal como lo establece el Código Penal Militar en su artículo tercero, al hacer mención expresa de los delitos no relacionados con el servicio.¹⁶

Lo anterior, con el fin de evitar que el fuero se convierta en un simple privilegio de los miembros de la Fuerza Pública, toda vez que el elemento subjetivo no es el único que se toma en consideración para decidir si un determinado caso corresponde a la jurisdicción castrense o a la jurisdicción ordinaria.

Así también lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997, al disponer que "el ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo no exime del derecho penal común", de manera que "las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza Pública, pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizados para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio, ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo".¹⁷

3. *La materia objeto de sus actuaciones*

¹⁶ Artículo 3: "... en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia".

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-358 de agosto 5 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Esta última, hace referencia al llamado elemento objetivo, que no es otro, que la naturaleza de los actos constitutivos de la acción delictiva, la cual debe provenir de una acción relacionada directamente con el servicio, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997, en la cual se establece que el delito debe tener relación directa y próxima con la función militar o policiva, es decir, que no toda actuación realizada como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendida dentro del derecho penal militar, si así fuera, estaríamos extendiendo el campo de acción del derecho penal militar, de tal suerte que se convertiría en un simple privilegio estamental.¹⁸

De lo anterior, concluimos que la justificación de la existencia del Fuero Penal Militar, está integrada por un complejo de elementos, cada uno de los cuales es imprescindible para la aplicación del mismo, en aras a que dicho fuero sea una garantía para los miembros activos de la Fuerza Pública que cometen delitos al realizar actividades relacionadas con el mismo servicio, los cuales, por dicha naturaleza, no son equiparables a los cometidos por los ciudadanos del común.

Tales características, merecen que exista una excepción constitucional a la regla del juez natural, cual es la establecida en el artículo 221 de nuestra Constitución Política, para la cual debe ser impetrada de acuerdo con el principio de interpretación restrictiva, con el fin de evitar toda clase de abusos que en el pasado se han cometido, al extralimitar las facultades que han sido otorgadas constitucional y legalmente a la Jurisdicción Penal Militar.

¹⁸ Ibid.

3. FUERO MILITAR EN COLOMBIA

Bajo el supuesto del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política actual¹⁹, en nuestro país se aplica el principio del juez natural, el cual no es otro que el competente por disposición previa de la ley, de manera imparcial e independiente, siendo éste el que dicta el sentido común en aras a dirimir una situación jurídica, teniendo en cuenta, entre otros elementos, la naturaleza del asunto y el factor territorial.

Es el caso de los militares, quienes para el ejercicio de su profesión, tal como lo dice Prieto, deben ser personas íntegras, cumplir con un alto perfil dentro del cual se encuentran determinados deberes, tales como la obediencia, la responsabilidad, el valor, la fidelidad de la patria, a la Constitución y a sus normas. Es así como al ingresar a la carrera militar y convertirse en un miembro de la fuerza pública, el militar entra a ser una persona diferente del común.²⁰

Según Mendoza Palomino, "tres consideraciones llevan a fundamentar una propia y especial jurisdicción para las fuerzas militares: el imperativo de la disciplina y pronta obediencia, la específica y determinada formación de sus miembros como personas y profesionales, y la materia objeto de sus actuaciones. Son tres aspectos que colocan a la institución en posición diferenciada frente a la sociedad civil y en sí concurren a limitar una jurisdicción militar en el campo penal."

¹⁹ Artículo 29: "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...".

²⁰ PRIETO NAVARRO, Op. Cit., p.20.

Es por ello que en el caso específico de los militares, debido al ejercicio de sus funciones, lo natural y lo justo es que sean juzgados por sus iguales, superiores en jerarquía y experiencia, para que sus fallos sean justos e imparciales.

Lo anterior está estrechamente relacionado con el principio del juez natural, establecido en nuestra Constitución Política en el artículo 29. A su vez, el actual Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), establece en su artículo 16 la figura del juez natural, así: *“Los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en éste código u otros en relación con el servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este código e instituidos con anterioridad a la comisión del hecho punible”*.

Es así como con base en los anteriores principios, los militares han de ser juzgados por sus pares, puesto que a un particular se le dificultaría el ubicarse en el escenario de la guerra o de las angustias que determina la necesidad del restablecimiento del orden público cuando este fuere turbado.

Lo anterior, sin olvidar que también se han establecido límites, como que la justicia penal militar se aplica sólo para los delitos que se relacionen “con los actos propios del servicio”, puesto que en caso contrario, la justicia ordinaria será la competente.

Aparte de los principios ya enunciados, el fundamento a la figura del Fuero Penal Militar actualmente no es otra que el actuar en cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada a los miembros de la Fuerza Pública, es decir, el defender los derechos de los particulares y la patria con el fin de cumplir los fines que el Estado se ha propuesto.

A nuestro modo de ver, es este elemento y no otro el que le da la fuerza al fuero penal militar, justificando su existencia en nuestro ordenamiento, puesto que en este se subsumen la formación misma de sus miembros y sus deberes tales como la obediencia, los que constituyen el aspecto subjetivo del fuero, de tal suerte que de no existir este elemento objetivo, a su vez no tendría lugar la existencia del elemento subjetivo porque este solo no tendría la capacidad de hacer de la jurisdicción penal militar una jurisdicción especial.

En Colombia, el fuero militar se instituyó desde el grito de independencia, en la Constitución de Cundinamarca de 1811, la cual dispuso en su artículo 46: *“La disciplina y el particular compromiso de los soldados al sentar su plaza, exigen una excepción a los artículos desde el 36 hasta el presente, quedando en su fuerza y vigor la ordenanza militar que rige”*.

Con el artículo 170 de la Constitución Política de 1886, se consagró el fuero penal militar de la siguiente forma: *“De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”*.

Ya en 1991, con la Constitución política, se deja casi intacto el articulado de la Constitución de 1886 en lo referente a la Fuerza Pública, igualmente en lo relacionado a la Justicia Penal Militar, no obstante, al no existir referencia específica al régimen disciplinario, la Corte Constitucional estableció que la competencia es de la Procuraduría General de la Nación, teniendo a los militares como funcionarios públicos.

La Ley 522 del 12 de agosto de 1999, es el actual Código Penal Militar. Podemos afirmar que este tiene como base la evolución constitucional, legal

y jurisprudencial del derecho penal militar, específicamente del fuero penal militar, teniendo, en el último caso que en varias sentencias, entre las cuales encontramos la C-358 de 1997 se establecieron los elementos que deben observarse para saber si en un determinado caso ha de aplicarse la justicia penal militar o la ordinaria y se limita el fuero penal militar, para evitar posibles abusos.

Es así como el nuevo código, limita el Fuero Penal Militar, al señalar cuáles son los delitos relacionados con el servicio, los cuales serán competencia de la Justicia Penal Militar, tal como lo establece en su artículo segundo: *“Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia”*., y de igual forma establece en su artículo tercero los delitos no relacionados con el servicio: *“No obstante lo dispuesto en el capítulo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en términos definidos en Convenios y Tratados Internacionales ratificados por Colombia”*.

4. ELEMENTOS DEL FUERO PENAL MILITAR

La Corte Constitucional, creada en 1991, ha venido desempeñando un papel importante en el ordenamiento legal Colombiano y su interpretación, puesto que ésta fue creada como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, teniendo gran trascendencia en la consolidación del ordenamiento jurídico superior. De esta manera, mediante la abundante y compleja jurisprudencia se ha permitido la consolidación de postulados y principios fundamentales, con miras a garantizar los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

Al ser competencia de la Corte Constitucional el interpretar las normas constitucionales según lo establecido en el artículo 241 de la Constitución Política de 1991, que establece: “*A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo...*”, tenemos que con respecto al Fuero Penal Militar, en desarrollo del artículo 221 de la Constitución, la Corte ha establecido los elementos del Fuero Penal Militar así:

Según lo estableció la Corte en Sentencia C-358 del 05 de agosto de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, “La Justicia Penal Militar, está edificada sobre dos elementos que se equilibran mutuamente: uno de carácter personal – miembro de la Fuerza Pública en servicio activo – y, otro de índole funcional – relación del delito con un acto del servicio-.

Elemento subjetivo. Debe tener la calidad de miembro de la Fuerza Pública, dentro de éstos se encuentran los oficiales, suboficiales y soldados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los agentes de esta última.

Ahora bien, dentro de este elemento también encontramos que dicho miembro debe encontrarse actualmente vinculado a la entidad correspondiente, tal como lo expone Peña Velásquez, la vinculación se entiende realizada con la expedición del respectivo acto administrativo, ya sea decreto ejecutivo, resolución ministerial, resolución de la Dirección General de la Policía, produciendo así plenitud de efectos jurídicos al posesionarse del cargo.

Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido que: "Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo... La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la Fuerza Pública, haciendo o no uno de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme militar, por sí solo, no es suficiente para entender que lo que hace quien lo porta sea por sí, delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar. De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho

penal común. 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, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo”.

Elemento objetivo o funcional: “relacionado con el mismo servicio”. Además del elemento subjetivo, es necesario que intervenga un elemento funcional con miras a que se configure constitucionalmente el fuero penal militar: El delito debe tener relación con el mismo servicio.

Nuestra Constitución Política en su artículo 221 establece el fuero militar 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 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”*

Según lo anterior, se entiende que hay relación con el servicio, cuando hay relación directa de causalidad entre el presunto ilícito y el resultado dañoso.

La Corte Constitucional se ha manifestado al respecto, diciendo:

“El término servicio alude a las actividades concretas que se orientan 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.

La norma constitucional parte de la premisa de que el miembro de la fuerza pública actúa como tal, pero también se desempeña como persona y ciudadano. El servicio público no agota ni concentra todo el quehacer del miembro de la Fuerza Pública, como por lo demás ocurre con cualesquiera persona. La totalidad de los actos u omisiones del miembro de la Fuerza Pública no puede, en consecuencia quedar comprendida dentro del fuero castrense. Para los efectos penales, se torna imperioso distinguir qué actos u omisiones se imputan a dicho sujeto como miembro activo del cuerpo militar o policial, y cuales se predicen de su actividad propia y singular como persona o ciudadano ordinario. La distinción es básica y obligada si se quiere preservar la especialidad del derecho penal militar, que complementa el derecho penal común pero en modo alguno lo sustituye”.

En esta materia, la Ley 522 de 1999, contentiva del Código Penal Militar, establece en su artículo segundo el concepto de Fuero Militar así: *“Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia”*.

Asimismo, establece en su artículo tercero los delitos no relacionados con el servicio: *“No obstante lo dispuesto en el capítulo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en términos definidos en Convenios y Tratados Internacionales ratificados por Colombia”*.

A este respecto, la Corte Constitucional ha dicho que “la expresión relación con el mismo servicio, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal

militar, lo acota de manera inequívoca. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la Ley le asignan a la Fuerza Pública, las cuales se materializan a través de las decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico.

En aquellos casos en los cuales no aparezca diáfananamente la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario. Al respecto la Corte ha manifestado que:

“El vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto, esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio, el agente tienen 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 ningún momento el agente estaba desarrollado actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron “ab initio” criminales”.

Luego de hacer un análisis detenido de los elementos constitutivos del fuero, tenemos que este tiene sus raíces en el elemento objetivo, sin el cual no existiría razón alguna para dar tratamiento preferencial a los miembros de la Fuerza Pública (elemento subjetivo), puesto que tal como se ha afirmado con anterioridad, este es la médula del fuero, debido a que la justificación de la existencia del mismo no es otra que la actividad propia de los miembros de la Fuerza Pública que al servicio del Estado cumplen con su misión protectora constitucional y legalmente asignada.

Sin embargo, cabe aclarar que lo anterior no significa que todas las actividades realizadas por un miembro de la Fuerza Pública en servicio sean constitutivas del desarrollo de su misión, para lo cual es necesario distinguir entre los fines personales y los funcionales que incentivaron la actuación que desencadenó el hecho delictivo, con el fin de excluir cualquier supuesto originado en una iniciativa individual del miembro, lejana al cumplimiento de la misión que debía cumplir, pues debemos recalcar que en este último caso, o cuando no sea diáfana la relación directa entre la misión y el hecho delictivo, la jurisdicción competente será la ordinaria, puesto que lo último que se pretende es encubrir actos ilegítimos con una garantía especialmente asignada al desarrollo de una actividad determinada.

CONCLUSIONES

Del pensamiento de la Corte Constitucional, elaborado a lo largo de más de una década de pedagogía en la interpretación de la Carta Política de 1991; se pueden extraer las siguientes conclusiones que permiten delinear el marco general de la institución del fuero militar en Colombia:

1. El fuero militar cobija únicamente a los hechos y actos que son objeto de regulación penal militar, es decir, aquellos que se encuentran subordinados a "reglas de comportamiento extrañas a las de la vida civil, que marcan una abierta incompatibilidad con el sistema punitivo a cargo de la jurisdicción ordinaria".
2. A pesar de la diferencia normativa y procedimental de los dos sistemas, penal militar y penal común; ambos deben armonizar con los principios, valores y derechos del orden constitucional, articulándose en defensa de la coherencia de la Carta Política.
3. El fuero militar nunca ha sido edificado bajo el ideal del favorecimiento de la impunidad, sino de la construcción y funcionamiento de un órgano jurisdiccional especializado, independiente, autónomo e imparcial; que investigue y juzgue las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con dicho servicio.
4. La competencia de la jurisdicción penal militar se determina esencialmente por la relación directa existente entre la conducta punible investigada por el miembro de la Fuerza Pública y las funciones constitucionalmente asignadas a ésta. De manera que la ruptura del nexo causal entre dicha conducta y su relación con el servicio, trasladan la

órbita de competencia a la jurisdicción penal ordinaria. Por consiguiente, la competencia de la jurisdicción penal militar para investigar y juzgar a sus miembros, se encuentra determinada –y restringida- al aspecto *subjetivo* (la membresía activa a la Fuerza Pública) y al aspecto *funcional* (su relación con el servicio).

5. La simple circunstancia de que la conducta sea cometida dentro del tiempo de servicio activo por un miembro de la Fuerza Pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o aprovechándose de su investidura; no es suficiente para que su conocimiento determine la competencia de la jurisdicción penal militar. Por el contrario, para el efecto debe examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar o policiva.
6. La jurisdicción ordinaria goza de competencia preferencial para investigar conductas punitivas cometidas por miembros de la Fuerza Pública, cuando existe *duda* sobre la relación funcional entre el hecho y la actividad que cumplía el sujeto-agente.
7. No solamente los crímenes de tortura, genocidio, desaparición forzada y vejación sexual; pueden considerarse como absolutamente ajenos al servicio de la Fuerza Pública y por ende, materia de la jurisdicción penal ordinaria. Existen también otras conductas, que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.
8. La Corte ha superado el criterio eminentemente patrimonial de las víctimas a ser indemnizadas, para trascender a aquél en el que a la sociedad le atañe un derecho intrínseco a saber la verdad, es decir, a

que la justicia determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos, así como a determinar a los responsables de tales conductas. "El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables".

9. Para la Corte, las funciones de la Procuraduría General de la Nación no se ven limitadas por el fuero militar, ni desde el punto de vista disciplinario, ni en relación con las otras funciones del Ministerio Público, particularmente en lo relativo a su intervención en los procesos de instrucción y juzgamiento criminal.

10. El principio de la autonomía e independencia que rige la administración de la justicia penal militar, no se afecta por la circunstancia de que los tribunales militares y las cortes marciales estén integrados por miembros de la Fuerza Pública, más aún cuando las actuaciones de éstos están amparadas por el principio de la buena fe.

BIBLIOGRAFÍA

ACTO LEGISLATIVO No.02 DE 1995. Diario Oficial No.42.159, del 21 de diciembre de 1995.

BONILLA ECHEVERRI, Oscar. *Consejos de guerra verbales y Código de Justicia Penal Militar. Talleres de la Imprenta departamental.* Boyacá – Tunja.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual.* Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1981. T. IV.

CASADO BURBANO, Pablo. *Iniciación al derecho constitucional militar.* Madrid: Revista de Derecho Privado. 1986.

CODIGO PENAL MILITAR COLOMBIANO. Ley 522 de 1999.

CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-561 de noviembre 6 de 1997. MP. Carlos Gaviria Díaz.

LÓPEZ MUÑIZ. *Diccionario Jurídico de la Guerra.* Tomo VII. Editorial Gesta. Madrid. 1958.

MENDOZA PALOMINO, Álvaro. *Teoría y sinopsis de la Constitución de 1991.* Editorial Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 1996.

PRIETO NAVARRO, Germán Román. *Fuero penal miliar y alcances del Acto Legislativo No.002 de 1995*. Santafé de Bogotá D.C., 1996.

RODRIGUEZ USSA, Francisco. *Derecho Penal Comparado*. Tomo I. Bogotá.

RODRIGUEZ USSA, Francisco. *Derecho Penal Militar - Teoría General*. Editorial Publicaciones Jurídicas FRU. Bogotá. Primera Parte. 1987.

PROCURADURÍA DELEGADA PARA LAS FUERZAS MILITARES. *Normas generales Ministerio Público y Justicia Penal Militar*. Imprenta y publicaciones Fuerzas Militares de Colombia. Bogotá, Colombia. 1987.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho penal*. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 1996.

VALENCIA TOVAR, Álvaro. *Visión histórica de la justicia penal militar en Colombia*. Revista Justicia Penal Militar. Bogotá, D.C. 2001.

VARGAS DEL CAMPO, José Rodrigo. *El derecho militar y el derecho penal*. Bogotá. 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-399 del 7 de septiembre de 1995. MP. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-563 del 30 de noviembre de 1995. MP. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-145 del 22 de abril de 1998. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.