

MUTACIÓN DEL FUERO CASTRENSE*

Recibido: 15 de febrero de 2013 / Revisado: 22 de febrero de 2013 / Aceptado: 24 de mayo de 2013

Wilman Rafael Guerrero Simanca**

Universidad de la Costa, CUC

Puede citar el presente artículo así: / To reference this article:

Guerrero, W. (2013). *Mutación del Fuero Castrense*. *Jurídicas CUC*, 9 (1), 307 – 326.

Resumen

Con este artículo pretendemos dar unas reflexiones que expliquen la mutación acaecida a la normatividad del juez natural de la Fuerza Pública a partir de la reforma al Fuero Penal Militar motivadas desde el Acto Legislativo 03 del 27 de diciembre de 2012. Es bueno aclarar que no solo nos ocupamos de ese texto, sino también de aquellas otras normas determinantes y necesarias que dan soporte legal a la materialización de sus trazados con el fin de estructurar el sistema de pesos y contrapesos de la guerra jurídica que enfrentaba. Pero antes describiremos el efecto de la Mutación, objeto en el que hay que mostrar la consecuencia de la mutación, que implica que los miembros de la fuerza pública, siempre, y en el entendido de que sus actividades se desarrollen dentro del marco de un conflicto interno, se les aplicarán las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH) para juzgar las posibles conductas que desborden a sus actuaciones en el cumplimiento de las operaciones propias del servicio y la misión constitucional. Así las cosas, la fuerza pública será indagada y juzgada en sus actuaciones no bajo normas que rigen los Derechos Humanos como se hacía antes del Acto Legislativo, sino ahora bajo la lupa que instrumentan al Derecho Internacional Humanitario: observando de paso si efectivamente se logra el objetivo de la reforma encaminado jurídicamente a equilibrar desigualdades y condiciones en las que se reglaban y juzgaban situaciones de la hostilidad proveniente del señalamiento de grupo armado recayente en bandas criminales basadas en extorsión y narcotráfico con los grupos subversivos.

Palabras clave:

Hostilidades, Blanco Legítimo, Objetivo Militar, Grupo Armado, Exención de Responsabilidad, Ejecución Extrajudicial, Fin del Conflicto.

* Este artículo es producto de la investigación en el área de Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de Universidad de la Costa., CUC.

** Wilman Rafael Guerrero Simanca, Magister en Derecho Público Militar de la Universidad Militar Nueva Granada en Bogotá, Abogado egresado de la Facultad Derecho de la Universidad de la Costa (CUC), Especialista en Derechos Humanos y en Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia, Diplomado en Gestión Comunitaria y Gerencia Social de la Pontificia Universidad Javeriana. Docente investigador, Jefe del Área de Teoría del Derecho y miembro del Área de Derecho Público de la Universidad de la Costa CUC. Contacto: wguerrer2@cuc.edu.co

MUTATION OF THE MILITARY JURISDICTION

Abstract

With this article we intend to give some thoughts to explain the mutation occurred naturally judge the articles of the security forces from the Criminal Courts Military reform motivated from 03 legislative act december 27, 2012, for what we do not deal only of the text, but also those other determinants and rules necessary for carrying out their plots in order to structure the system to balance the checks and balances of the legal war they faced. But before we describe the effect of the mutation, the subject in which you have to show the effect of the mutation, which means that members of the public force, forever, and with the understanding that their activities take place within the framework of an internal conflict, shall apply the rules of IHL to judge the possible behaviors that go beyond their performances in compliance with the operations of the service and the constitutional mission. So things will be inquired into public force and judged on their actions not under rules governing human rights as was done before the legislative act, but now under the microscope that implement international humanitarian law: indeed watching step if the goal is achieved legal reform aimed at balancing inequalities and conditions in which situations judged reglaban and hostility from the armed group pointing recayente based criminal gangs and extortion microtráfico with subversive groups.

Keywords:

Hostilities, Collateral Damage, Fair Game, Armed Group, Disclaimer, Extrajudicial Execution, Ending the Conflict.

Introducción

El tema de la Justicia Penal Militar, su protección y las relaciones con el proceso jurídico colombiano caracterizada a través de su Fuero Militar ha sido trabajado recientemente por algunos congresistas ponentes de la Unidad Nacional, institución que ajusta las exigencias de la naturaleza de su jurisdicción con los imperativos de la razón jurídica.

Recientemente los reparos y propuestas de las ONG's y grupos de defensores de Derechos Humanos no se hicieron esperar. Las críticas comprueban que dicho problema no solo afecta la justicia como bastión de la sociedad y del Estado, sino que también competen deberes no menos sagrados, como velar por la integridad de su tutela, motivando y auspiciando a los agentes estatales para el cumplimiento de sus obligaciones y deberes con legalidad en la generación de la disciplina.

Así mismo, en los últimos años los organismos internacionales de Derechos Humanos dirigidos por el ciudadano chileno José Manuel Vivanco, han criticado los supuestos privilegios que otorga el Fuero penal Militar como investidura de la comunidad militar que cumple parámetros especiales que han sido reglados mediante actos legislativos.

Por ende, en este escrito analizaremos la temática del Fuero Penal Militar (Bonilla, 1968) así como lo que en la Constitución de 1991 estableció como derecho que le asiste a toda esa colectividad bajo la protección institucional que esta se merece como núcleo esencial de su quehacer estatal, la cual se constituye por una misión constitucional, por la decisión de quienes juran defender la patria y todas sus instituciones.

Acotamos el presente artículo en varios acápites: Un primer entorno conceptual sobre las consideraciones frente al problema de la investigación sobre el Fuero Especial que se convierte en el punto de partida para tener claro el concepto de Justicia Militar, y la relación

que existe entre una visión más amplia, desde el punto de vista social y político. En segundo término, analizaremos el marco referencial de los efectos del Fuero Militar reconociéndole su poder formador y preponderante en el desarrollo de la identidad de los miembros que labran la seguridad nacional, e imprimen una dinámica acorde con los cambios universales, tanto a nivel interno como externo, y las tendencias de los colombianos. Como tercer tópico, expondremos lo que han producido nuestros legisladores con la expedición de las normas y actos legislativos que integran la reforma; también comentaremos la Sentencia del Consejo de Estado que dio nulidad parcial al acto administrativo que limitó por muchos años el Fuero Penal Militar colombiano, dado que no somos una sociedad aislada, sino que hacemos parte de un mundo globalizado que de cierta manera ejerce influencia en nuestro desarrollo cultural político, económico y social.

Como todo lo que es sorprendente, el matemático Alfred Tarski (1966) asombró con la frase: “Solo una parte de la verdad puede ser demostrada”, luego, digamos, hay una (otra) parte de la verdad que no puede ser o no ha sido aún demostrada.

Este artículo, como resultado de la investigación, utilizó el método analítico, descriptivo, estudiando la normatividad referente al tema objeto de estudio, así como todas las reformas y creación de nuevas normas y actos legislativos que refuerzan su orden institucional, entre otros, en concordancia con la normatividad de otros países a fin de realizar un estudio de su comportamiento y su evolución, teniendo en cuenta los aportes e incidencias de otras civilizaciones del mundo globalizado.

La información fue tomada de fuentes secundarias, tales como: la Carta Política, códigos, libros, revistas, periódicos, tratados, internet, entre otra documentación consultada (Camacho, 1993).

Consideraciones frente al problema de investigación

En el Estado Colombiano la Institución Penal Militar es tan antigua como el hombre mismo y al haber surgido de su necesidad de

organizarse y ayudarse recíprocamente a solventar sus necesidades básicas, las cuales con el correr de los años se fueron diversificando, hasta el punto de que hoy en día son pocos y escasos los Estados que no cuentan con una organización castrense rebosada de funciones.

La reforma constitucional que hoy esgrime la autoridad castrense en Colombia, con el espaldarazo recibido del Congreso de la República de carácter constitucional realizado a los Artículos 116, 152 y 221 de la Carta Política, propios de las renovaciones en materia jurídica y constitucional del Derecho Latinoamericano, sitúan su veloz esplendor, así se observan con esmero cada uno de las quejas nativas.

De manera circunstancial este acto legislativo hace parecer al conglomerado nacional que hay una alianza suficiente en considerar a la fuerza pública como un establecimiento definitivamente necesario para investigar con empuje el crimen que produzcan sus componentes humanos en el fragor del conflicto interno que aglutina nuestra realidad social y política, y que se pueda así castigar a su autor en cumplimiento de la pena impuesta por un tribunal de justicia.

Aún limando por una parte el malestar que acompaña el actuar de la fuerza pública que constituye pieza necesaria del dispositivo relacionado para la persecución del delito por el Estado, sigue siendo de forma incuestionable en todos los países autoridad pública de persecución estatal.

Para ello, recordamos que en 1969 la Corte Suprema de Justicia declaró contrarias a la Constitución las normas relativas a la dependencia de las funciones de instrucción criminal, por parte de la Procuraduría General de la Nación; para obviar los efectos traumáticos de la decisión, el Gobierno expidió el Decreto 2267 de 1969 que creó la Dirección de Instrucción Criminal y el Consejo Nacional de Instrucción Criminal.

Además, con ello se evaluaría la actividad de ese organismo de instrucción criminal que quedaba al cuidado de los jueces de instrucción criminal; y el juzgamiento de los hechos a cargo de los jueces competentes. Infortunadamente, dos años después esta visión

optimista se diluye y el nuevo Ministro de Justicia, Jaime Castro, se refería a ello con manifiesta ausencia de una efectiva coordinación en justicia.

Por tanto, con el antecedente de connotaciones en la normatividad como la que transcurre, el objeto de la reforma legislativa es desarrollar los Artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política con el fin de establecer reglas para la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en Colombia en el marco del Derecho Internacional Humanitario; de igual forma el desarrollo de los principios de autonomía e imparcialidad de la justicia penal militar, el funcionamiento de la Comisión Técnica de Coordinación, y la Organización y Funcionamiento del próximo Tribunal de Garantías Penales.

Se observa de la lectura realizada al texto de la reforma introducida al Fuero Militar, el 27 de diciembre de 2012 en su párrafo, que esta ley se aplicará a la Policía Nacional únicamente cuando el Derecho Internacional Humanitario sea aplicable a sus operaciones. En caso contrario, se regirá por las normas ordinarias que regulan la función y actividad de policía, dirigidas al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, o sea, seguirán bajo la mira de la justicia especializada de los Derechos Humanos.

Es así por demás que en su articulado referente a la Interpretación el Artículo 2 establece: Que esta ley será interpretada conforme a su objeto y finalidad, que no es más sino la de garantizar en todo tiempo los derechos fundamentales de las personas que hacen parte de la población civil, el cumplimiento efectivo de los deberes constitucionales de la Fuerza Pública, y la seguridad jurídica de sus miembros; sin embargo, en un contrasentido, los excesos de los uniformados serán verificados bajo los estándares del Derecho Internacional Humanitario y no bajo la justicia especializada de los Derechos Humanos.

Por su parte, en su Artículo 3° el Acto Legislativo que nos ocupa, muestra al Derecho Internacional Humanitario como ley especial,

observándose que si el Derecho Internacional Humanitario regula una situación de manera específica, este será aplicado con preferencia para interpretar las demás normas jurídicas relevantes.

Sin embargo, si nos remitimos al juramento y a los deberes de los miembros de la Fuerza Pública, encontramos que los miembros de la Fuerza Pública deberán ceñirse estrictamente a la Constitución Política, a las leyes y los tratados internacionales de protección de la persona humana, en especial los convenios suscritos por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, sin perjuicio de que el Derecho Internacional Humanitario sea aplicado como ley especial.

En este orden de ideas se aclara, por tanto, que los principios aplicables de acuerdo con el Artículo 5 de la reforma en cuestión de la aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta los Principios de la Dignidad Humana: en todas las actuaciones judiciales y administrativas reguladas por esta ley; en las operaciones, acciones y procedimientos de la Fuerza Pública se respetará primordialmente la dignidad humana. El Principio de Trato Humanitario que será respetado en todo momento Colombia. Presidencia de la República. Consejería para la Defensa y la Seguridad Nacional. La nueva policía para Colombia. Bogotá, 1994, p. 193-217.

Se prohíben específicamente la tortura, los tratos inhumanos, crueles y degradantes. El Principio de Humanidad se armoniza con el de necesidad militar, de conformidad con el Artículo 16 de esta ley. Por lo que no se generarán daños superfluos o males innecesarios a las personas que hayan dejado las hostilidades.

Con respecto al Principio de Distinción: los miembros de la Fuerza Pública deberán distinguir entre personas civiles y blancos legítimos, y entre bienes civiles y objetivos militares, de conformidad con los Artículos 20, 21 y 26 de esta ley, enfatizándose que no podrán dirigir sus ataques contra personas que no sean blancos legítimos ni contra objetos que no sean objetivos militares. No aclarándose en ningún acápite quién velará por la producción o no del daño colateral.

Mientras que con el Principio de Proporcionalidad, los miembros de la Fuerza Pública deberán abstenerse de causar daños a personas civiles y bienes civiles que sean manifiestamente excesivos frente a la ventaja militar concreta y directa prevista, de conformidad con el Artículo 22 de la citada ley, aclarándose que se deben sí extremar las precauciones con la que los miembros de la Fuerza Pública deberán tomar las medidas factibles para, de ser posible, evitar, y en todo caso reducir, los daños a personas civiles y bienes civiles, de conformidad con los Artículos 22, 23, 24 y 25 de la Ley que regenta su actuación.

Que igualmente, de preverse la evaluación del Principio de Necesidad Militar en la actuación de los componentes militares al frente de las operaciones de los ataques de la Fuerza Pública, deberá prever una ventaja militar concreta y directa que justifique el uso de la fuerza. Este Principio de Necesidad Militar justifica las acciones de la Fuerza Pública, pero no podrá ser invocado para convalidar infracciones al Derecho Internacional Humanitario, de conformidad con el Artículo 16 de la referente ley.

Ahora bien, como complemento con el Principio de Seguridad Jurídica, los miembros de la Fuerza Pública deberán contar con instrucciones claras y precisas sobre el cumplimiento de sus deberes y las limitaciones al uso de la fuerza en el ejercicio de sus funciones constitucionales. No serán responsables por el supuesto incumplimiento de deberes que no han sido establecidos de manera expresa y específica en la Constitución o las leyes de Colombia (Presidencia, 1994).

Aquí se fijan las reglas del Derecho Internacional Humanitario aplicables a la conducción de hostilidades por parte de la Fuerza Pública en contra de grupos armados y se aclaran las disposiciones que son aplicables a la actividad ordinaria de la Policía Nacional, excepto cuando esta participe en hostilidades.

Por otra parte, se afirma que las reglas del Derecho Internacional Humanitario se aplicarán exclusivamente a las tareas de la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública. En especial, para definir blanco legítimo, grupo armado, objetivo

militar y las circunstancias de aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

Con referencia a lo dicho arriba, el papel del Presidente de la República en su calidad de Comandante Supremo y en ejercicio de su función de conservar el orden público y restablecerlo donde fuere turbado, en la normatividad existe un párrafo indicando que el Presidente de la República podrá, además, ordenar a la Fuerza Pública el uso de la fuerza, de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario, contra grupos determinados. En todo caso, la Policía Nacional tendrá la responsabilidad primordial en la lucha contra las distintas formas de criminalidad y delincuencia.

Definiciones especiales

Para los efectos de verificación de algunas definiciones importantes que ilustran el presente escrito, se explican así:

- ▶ *Ataque*, se entiende aquí por ello el uso de la fuerza, defensivo u ofensivo, por parte de los miembros de la Fuerza Pública. No se refiere a “ataques contra la población civil” que puedan constituir un crimen de lesa humanidad.
- ▶ *Blanco Legítimo*, se considera a las personas que forman parte de los grupos armados que cumplan una función directamente relacionada con actividades hostiles del mismo. También lo son civiles que participen directamente en las hostilidades. La calidad de *blanco legítimo* cesa cuando quien participa en las hostilidades ha sido capturado, ha expresado claramente su intención de rendirse o sus heridas o enfermedad lo han convertido en alguien incapaz de defenderse, siempre y cuando se abstenga de continuar con actos violentos o amenazas. Es de aclarar que el *blanco legítimo* no goza del estatuto de combatiente según el Derecho Internacional Humanitario. En consecuencia, los participantes directos en las hostilidades y los miembros de grupos armados no son prisioneros de guerra y están sometidos al Derecho Penal Nacional.

- ▶ *Participación Directa*, se entiende en las hostilidades la realización de cualquier acto que cause directamente un daño a la población o bienes civiles o a la Fuerza Pública, y sea conexo con las hostilidades. También se entenderá que participa directamente en las hostilidades a quien realice actos que, inequívocamente, tengan la potencialidad de causar un daño a la población o bienes civiles o a la Fuerza Pública.

La participación directa en las hostilidades por personas civiles conlleva para estas la pérdida de la protección contra los ataques de la Fuerza Pública, mientras dure tal participación.

- ▶ *Bien Civil o Bienes Civiles*, son todos aquellos que no sean objetivos militares. Y por *Objetivo Militar* se entiende todo bien que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, contribuya eficazmente a la acción violenta de un grupo armado, y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar concreta y directa prevista.
- ▶ *Naturaleza del bien*, comprende todos los bienes utilizados directamente por los grupos armados. Se observan los siguientes criterios:
- ▶ *Ubicación del bien* comprende todos los bienes que por su naturaleza no tienen una función militar, pero por el lugar donde están ubicados contribuyen eficazmente a la acción violenta.
- ▶ *Finalidad y Utilización del bien* comprenden los bienes que por su naturaleza no tienen una función militar, pero son usados, o existe certeza de que serán usados para contribuir eficazmente a la acción violenta.

La ventaja militar concreta y directa prevista excluye la ventaja indeterminada o hipotética que pueda derivarse de la destrucción, captura o neutralización del bien. También excluye cualquier ventaja que no sea de carácter militar.

Por su parte, se dará aplicación del Derecho Internacional Humanitario a la investigación, acusación y juzgamiento de la conducta de la Fuerza Pública cuando esta ocurra en un contexto de hostilidades. Las siguientes circunstancias, entre otras, son indicios de que la conducta ha ocurrido en el contexto de hostilidades:

- ▶ Se observará la sujeción de manuales operacionales, reglamentos y reglas de encuentro al Derecho Internacional Humanitario.
- ▶ Los documentos internos de la Fuerza Pública, tales como manuales operacionales, de procedimiento y las reglas de encuentro, se sujetarán a los Tratados de Derecho Internacional Humanitario, de los cuales Colombia hace parte y, en particular, a las reglas precisadas en este título.
- ▶ Todos estos documentos internos deberán respetar la excepcionalidad de la participación de la Policía Nacional en las hostilidades.

En observancia a la Necesidad Militar y al Principio de Humanidad, el Derecho Internacional Humanitario reconcilia la necesidad militar con el Principio de Humanidad. La necesidad militar no puede invocarse como justificación para la violación de reglas; tan solo justifica excepciones específicas señaladas de manera expresa por los Tratados Internacionales de los cuales Colombia hace parte.

La conducta de los miembros de la Fuerza Pública será valorada por las autoridades judiciales a la luz del contexto en el cual se llevaron a cabo las acciones, operaciones y procedimientos, teniendo en cuenta la información de la que disponía el miembro de la Fuerza Pública al momento de realizar la conducta, y considerando la apreciación honesta y razonable de las circunstancias en que este actuó en ejercicio de su margen de apreciación, de conformidad con la naturaleza de la acción, operación o procedimiento y los deberes correspondientes a su grado militar o policial, y a su función específica dentro de la Fuerza Pública.

La Fuerza Pública está autorizada para tomar la iniciativa en el uso de la fuerza. Se permiten las tácticas de sorpresa y las estrategias contra los blancos legítimos y objetivos militares, siempre que no constituyan perfidia.

El miembro de la Fuerza Pública responsable de decidir el ataque tendrá, asimismo, la autoridad para suspenderlo o cancelarlo. La misma autoridad la tendrán sus superiores jerárquicos. Los miembros de la Fuerza Pública que, al momento de ejecutar un ataque, adviertan que las circunstancias fácticas son distintas a las que conoció el superior que lo ordenó, y esas circunstancias correspondan al inciso primero de este artículo, podrán suspender o cancelar el ataque. De ser posible, informarán de inmediato al superior que lo ordenó. Se prohíbe, sin excepción, el ataque contra personas por el solo hecho de:

- ▶ Aplicación del Derecho Internacional Humanitario a las actividades de la Policía Nacional
- ▶ Asistencia militar a la Policía Nacional seguirá rigiéndose por las normas vigentes. El Derecho Internacional Humanitario aplicará excepcionalmente a la Policía Nacional, únicamente cuando esta participe en hostilidades.
- ▶ En todos los demás eventos, la Policía Nacional seguirá sujeta a las normas que rigen las actividades ordinarias de este cuerpo armado de naturaleza civil, de conformidad con el Artículo 218 de la Constitución Política de Colombia.

Marco referencial

En la práctica, cada país tiene dificultades, muchas veces enormes, para organizar los órganos de sus fuerzas militares y cuerpo policial de naturaleza civil, de manera que pueda cumplir adecuadamente con sus fines procesales penales; no se sabe muy bien si a causa de la confusión de las misiones y funciones constitucionales de la Fuerza Pública, de la falta de claridad en el quehacer del Estado o sobre

cómo hacerlo exactamente, o incluso porque hay interés para que verdaderamente no funcione.

El caso se ejemplariza en el casual fallo del Consejo de Estado de Colombia, precisamente en horas de la mañana del mismo día en que el Congreso de la República aprobara el Acto Legislativo 02 de 2012. Es así como curiosamente se ve a un Consejo de Estado esperar más de dos años para declarar la nulidad parcial del Acto Administrativo suscrito entre el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General, firmado el 14 de junio de 2006, para investigar presuntos delitos en operaciones militares denominado “Apoyo a la Justicia Penal Militar”, piedra en el zapato que alentó durante largos años a militares y policiales argumentar que no tenían Fuero Militar encontrándose huérfanos en medio de la guerra jurídica que los atacaba y amilanaba fuera del campo de batalla en la mesa de los jueces colombianos.

Al enmendarse el yerro en el tiempo, en este fallo el Alto Tribunal Contencioso Administrativo consideró que en *una operación militar se pueden presentar ocasionalmente situaciones* que no guardan relación con el servicio, pero no por ello debe ser la Fiscalía la que asuma su conocimiento o determine a qué jurisdicción le debe corresponder su investigación.

Con este parecer, el Consejo de Estado atacó frontalmente la vida jurídica del Acto Administrativo firmado el 14 de junio de 2006 por los entonces Ministro de Defensa, Camilo Ospina Bernal, y el Fiscal, Mario Iguarán Arana, donde se establecía el procedimiento que se debía seguir para investigar las muertes que se presentaran con ocasión de las operaciones que realizaban las fuerzas militares.

Dicha disposición dejaba en manos del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía la facultad para decidir si la investigación de un hecho era competencia de la justicia penal militar o de la justicia ordinaria. Por tanto, luego de que el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) realizara sus labores de inspección, búsqueda, recolección y aseguramiento de las evidencias físicas en el lugar de los hechos, así como las entrevistas de los posibles testigos, estos

funcionarios *debían remitir sus informes, a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía, y no al Juez de Instrucción Penal Militar para que la justicia ordinaria definiera la competencia para conocer el proceso.*

Igualmente, se indicó en el fallo que el hecho de señalar *para definir quién tiene la competencia para adelantar una investigación sobrepasa* los alcances naturales y jurídicos de los actos administrativos y las competencias constitucionales y legales de los funcionarios que lo profirieron. La sentencia declaró *la nulidad de los numerales 4, 5 y 6 del Acto Administrativo “Apoyo a la Justicia Penal Militar”.*

“Sin embargo, la existencia de los factores subjetivos y funcionales que justifican el reconocimiento del Fuero instituido en el Artículo 221 de la Constitución en concordancia con el Artículo 250 de la Carta Fundamental, el fiscal instituido en la justicia ordinaria decidirá con prontitud el traslado de la investigación a la Justicia Penal Militar en cuyo caso se mantendrá el apoyo técnico científico del CTI; si no se evidencian los factores enunciados, continuará conociendo la Fiscalía General de la Nación, informando de esta situación a la Justicia Penal Militar”.

Se observa, entonces, que el verdadero problema de la incompetencia, quizás de la fuerza pública en materia de justicia penal militar, y punto de partida de todos los demás aspectos lidiados, es que no existía realmente un modelo unificado que integrara la fuerza represiva, es decir, no hay concepción estatal sobre la fuerza castrense como auxiliar de los tribunales que imparten justicia y de los fiscales para la investigación del crimen en orden público.

Se requiere explicar que hoy vivimos un conflicto interno en Colombia negado durante muchos años de ostracismo cubierto con la primacía de la seguridad estatal para que los estándares del Derecho Internacional Humanitario sucedan la norma de Derechos Humanos en materia de justicia especializada postulando al DIH para que a través de su lupa se resuelvan los excesos de militares en cumplimiento de su misión constitucional. De esa manera se aplica la

reforma del 27 de diciembre de 2012, experimentándose innecesaria a la luz de lo fallado por el Consejo de Estado, precisamente el mismo día que terminaba el último debate de la reforma legislativa al Artículo 221 de la Constitución, fundamento constitucional el Fuero Penal Militar.

Esta contrariedad se manifiesta en el Artículo 4 del Acto Legislativo 02 de 2012, al tener una conexión estrecha con el inciso 2 del Artículo 3 de esa misma norma, que establece un procedimiento para el tránsito de los procesos de la jurisdicción ordinaria a la jurisdicción penal militar o policial, en casos respecto de los cuales se haya modificado el juez competente. Puesto que la norma que modificó tal competencia es el Inciso 2 del Artículo 3 del Acto Legislativo, de allí queda que la vinculación entre ambas normas sea sumamente estrecha.

No obstante, lo importante de esta institución, es que para Colombia nuestro Código Penal Militar la Ley 1407 de 2010 se ocupó de definir el concepto de Fuero Penal Militar en su Artículo Primero, en idéntica sintonía con el Artículo 221 de la Carta Política hoy reformado con la consecuente reforma a esta ley por vía de subsidiaridad.

Ahora bien, a manera de comparar lo que sucede con experiencias ocurridas en América Latina en los últimos años, tomaremos lo siguiente: El ejemplo latinoamericano en Argentina, país que en su oportunidad existieron y aún existen tantos organismos policiales como provincias y a más de una policía federal. Allí, algunos miembros de su fuerza pública cumplen funciones policiales aduaneras en puertos, aeropuertos y áreas de frontera. Esto fue demostrativo durante la Dictadura Militar de 1976-1983; los cuerpos policiales argentinos dependían de las Fuerzas Militares y participaban de los crímenes de Estado cometidos en esa época.

Hoy, los órganos policiales argentinos mantienen una organización dominada por el ente militar y sus mandos, en general, corresponden a las clases más poderosas de la nación. La crisis moral,

económica y social asuela a la República Argentina información que se ha generado, según se ha denunciado.

En este orden menciona Maier (1996) que entre 1976 y 1983 la Argentina fue gobernada por una dictadura militar. Las distintas policías tuvieron, bajo la dirección de las Fuerzas Armadas a las cuales quedaron subordinadas, activa participación en la ejecución de la política terrorista estatal y a su cargo estuvo la detención ilegal de personas, su reclusión en campos de concentración, su sometimiento a vejámenes y torturas y, finalmente, su eliminación por desaparición o asesinato.

En palabras de Elbert (1998), la policía argentina es una institución total, militarizada explícitamente o por asimilación mediante una jerarquía vertical dividida en tres estamentos: oficiales, suboficiales y agentes. La subordinación a los mandos superiores es absoluta e indiscutible, y las diferencias jerárquicas son reforzadas mediante normas y reglamentos caracterizados por su autoritarismo y arbitrariedad.

Para el caso mexicano respecto al ejemplo que ocurre en Derecho Comparado de lo que sucede en materia policial, manifiesta López (2002):

La ausencia de límites efectivos sobre el ejercicio del poder político asignó un soporte esencial de lealtad política a la policía. Esa lealtad se garantiza a través de la negociación de compromisos y beneficios mutuos entre quien representa a la policía y quien representa al poder. La complicidad, frente a un amplio margen de impunidad, es el principal vínculo que al mismo tiempo compromete y beneficia a las dos partes.

Asimismo, según López (2002):

Para la policía esa impunidad asegura un grado relativo de autonomía mediante el cual establece de manera informal arreglos internos que permiten distribuir privilegios de diversa índole. Lealtad, complicidad, impunidad y autonomía, son en mi opinión los ejes de un complejo mecanismo que ha constituido la base histórica del comportamiento de las instituciones policiales en México.

Conclusiones

Se refuta la tardanza en referencia al fallo casual del Consejo de Estado de Colombia, el día 27 de diciembre de 2012 que desafectó los límites al Fuero Penal Militar instalado (Artículo 221 de la Carta Política), en horas de la mañana, pero luego, en horas de la noche el Congreso de la República aprueba el Acto Legislativo 02 de 2012 con el que se reformaba el Fuero Penal Militar y ponía fin al clamor del cuerpo militar y policial exigiendo un Fuero Militar sin limitaciones y de manera integral.

No se puede explicar aún porqué el Consejo de Estado esperó más de dos años en desatar el nudo gordiano que incomodaba el ejercicio policial y militar, para por fin declarar la nulidad parcial del Acto Administrativo suscrito entre el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General firmado el 14 de junio de 2006, para investigar presuntos delitos en operaciones militares del denominado “Apoyo a la Justicia Penal Militar”. Además de que rotuló de innecesaria la reforma que el Congreso de la República asestara al Fuero Penal Militar, toda vez que cuando se aprobó ya era innecesaria pues el ente contencioso ya había regresado las aguas a su cauce natural, toda vez que ya eran los Jueces de Instrucción Penal Militar los que primero conocerían de las situaciones delictuosas en la que militares se confrontaran en función de su servicio.

Igualmente, constituye un desconocimiento ante el derecho de las víctimas el de acceso a la justicia. La situación radicada en la segunda parte del inciso 2 del Artículo 3 de la reforma, al sostener que ciertas infracciones al Derecho Internacional Humanitario serán de competencia de la justicia militar, negando el derecho de las víctimas de estas conductas a accederlas a la justicia competente, derecho que ha sido entendido como la posibilidad de acceder a un tribunal de carácter civil, no militar, y que, como argumentamos, constituye un apoyo esencial de la Constitución Política de Colombia.

Respecto del inciso 3 del Artículo 3 del Acto Legislativo que impetró la Reforma Constitucional, debe aplicarse el Derecho Internacional Humanitario en todos los casos en los que autoridades independientes e imparciales investiguen y juzguen la conducta de miembros de la Fuerza Pública en relación con el conflicto armado, he aquí donde puede que exista una inobservancia del principio de separación de poderes. En efecto, esta disposición va a constituir una intromisión en el rol de los jueces de administrar justicia: ellos son los que, sobre la base de los elementos probatorios del caso, deciden cuál es el derecho aplicable, y no, el legislador, ni siquiera tomando la forma de constituyente derivado. Por tal razón, esta intromisión del constituyente derivado en la función de administración de justicia no se limita a recordarles el deber que tienen los jueces de aplicar la ley (específicamente, el Derecho Internacional Humanitario), sino que los insta a cambiar el alcance normativo del Derecho Internacional Humanitario, al obligarlos a aplicarlo aun cuando no se cumplan los supuestos objetivos que permitan hacerlo (esto es, aun cuando no estén juzgando una conducta cometida en el marco del conflicto armado interno).

Por tanto, es necesaria la creación de una Comisión Técnica Especializada con el propósito de despejar las “dudas” que puedan presentarse respecto a la competencia para investigar un hecho punible ocurrido en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de impacto militar y/o policial que comprometa la Fuerza Pública. Delega en esta Comisión Técnica Especializada, asignar preliminarmente competencia para la investigación de hechos punibles cuando no haya claridad al respecto, función que hoy ejercería el Consejo Superior de la Judicatura. Función de asignación de competencia que debe ser ejercida en la práctica por un tribunal de jurisdicción ordinaria del poder judicial, para que de manera imparcial e independiente decida a quién corresponde adelantar esa etapa decisiva del Proceso Penal, y no un órgano mixto, como la mencionada comisión, compuesta por miembros de la Justicia Penal Militar y de la justicia ordinaria (Cancino, 1988).

En este orden la razón que motiva nuestra inquietud resaltada contra determinadas disposiciones se basa en que en el Acto Legislativo 02 de 2012, se está presentando la alternatividad de optar por una salida judicial que favorece los intereses de la fuerza pública compuesta por militares y policiales en su defecto excepcional utilizando el DIH como especialidad por medio de la cual se desplaza el conocimiento de los fiscales especializado en DD.HH pertenecientes a la Fiscalía General de Nación.

Finalmente, afirmarse que la fuerza pública se ha apuntado un arfil en su debate público acertando jaque mate en la guerra jurídica que atendía contra las fuerzas insurgentes y hasta ahora puede salir avante y con ganancias gracias a esta reforma, que sin dudas causara muchísimas controversias constitucionales en la medida de su aplicación.

Referencias

- Bonilla Echeverri, O. (1968). *El Fuero Penal Militar para la Policía Nacional*. Bogotá: Editor Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, 25 p. Colombia.
- Camacho Guizado, Á. (1993). La reforma de la policía: realidades inmediatas y objetivos estratégicos. *Análisis Político*, (19), IEPRI - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Cancino Moreno, A. J. (1988). *El Cuerpo Técnico de Policía Judicial en el nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Ministerio de Justicia, Bogotá.
- Castaño Castillo, Á. (1947). *La Policía: su origen y su identidad*. Bogotá: Cahunt.
- Valencia Tovar, Á. *Historia de la Policía Nacional de Colombia*. Ed. Planeta. Bogotá, Colombia

- Colombia. Presidencia de la República. Consejería para la Defensa y la Seguridad Nacional. *La nueva policía para Colombia*. Bogotá, 1994, p. 193-217.
- Elbert, C. (1998). Ideología, corrupción y excesos policiales. (3), 63, ss., esp. 66.
- López Portillo Vargas, E. (2002). The police in Mexico. Political Functions and Needed Reforms. En: Bayley, John y Chabat, Jorge (eds.), *Transnational Crime and Public Security*. (pp. 109-137). San Diego (California): Center of US Mexican Studies, University of California.
- Maier, J. (1996^a). Nacimiento y desarrollo de la policía institucional. *Revista Nueva Doctrina Penal*, (3), 63-70.
- Tarski, A. (1966). La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica. *A Parte Rei, Revista de Filosofía*.