

**“PRINCIPIOS RECTORES Y ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL MILITAR
EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR”**

**EDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO
MARIA CAROLINA QUINTERO TORRES**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTA, D.C.
2.001**

**“PRINCIPIOS RECTORES Y ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL MILITAR
EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR”**

**EDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO
MARIA CAROLINA QUINTERO TORRES**

**Trabajo de grado presentado como requisito
para optar al título de Abogado**

Director
DR. ANDRES RAMÍREZ MONCAYO
Abogado

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTA, D.C.
2.001**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. LA JUSTICIA PENAL MILITAR	3
1.1 CONCEPTO GENERAL SOBRE JUSTICIA PENAL MILITAR	3
1.2 EL DERECHO PENAL MILITAR. DEFINICIONES Y ELEMENTOS	4
1.3 SINOPSIS HISTÓRICA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR	5
2. LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.886 Y EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.991	8
2.1 ARTÍCULO 170 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.886	8
2.2 EL FUERO PENAL MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.886	9
2.3 FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.991	13
2.4 CAMBIOS IMPUESTOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR POR JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	14
2.4.1 El defensor de los procesos militares	16
2.4.2 Acceso a la justicia para víctimas y perjudicados	17
2.4.3 Límites de la obediencia debida	18
2.4.4 Ámbito de aplicación del fuero penal militar	19
2.4.5 Vocales en los Consejos de Guerra Verbales	22
2.5 EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR (LEY 522 DE 1.999)	23
2.5.1 Organización y contenido	23
2.5.2 Ámbito de competencia	24
2.5.3 Criterios gubernamentales	24
3. EL SISTEMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA	28
3.1 EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL	28
3.1.1 Noción general	28

3.1.2 Principios del sistema acusatorio	29
3.2 EL SISTEMA INQUISITIVO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL	33
3.2.1 Noción general	33
3.2.2 Características del sistema inquisitivo	34
3.3 EL “SISTEMA ACUSATORIO ESPECIAL” DE COLOMBIA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS	36
3.3.1 Sistema Acusatorio Especial	36
3.3.2 Fundamento Constitucional	36
3.3.3 Características del sistema colombiano	38
4. EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR.	43
4.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	43
4.2 FUNCIONARIOS JURISDICCIONALES INTERVINIENTES	44
4.2.1 Labor procesal	44
4.2.2 Normas de carrera para los funcionarios de la justicia penal militar	45
4.2.3 Requisitos para cada grupo	46
4.3 VISIÓN SUSCINTA DEL PROCESO PENAL MILITAR	49
4.3.1 Etapa de investigación	49
4.3.2 Etapa de calificación	50
4.3.3 Etapa de juicio	50
4.4 EL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO	53
4.4.1 Oralidad	53
4.4.2 Publicidad	54
4.4.3 Contradicción	54
4.4.4 Celeridad	54
4.4.5 Inmediación	55
4.4.6 Concentración	55
4.4.7 Identidad del juzgador	55
4.4.8 Presunción de inocencia	55
4.4.9 Oportunidad	56
5. COMPARACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO EN LA	

JURISDICCIÓN ORDINARIA Y EN LA PENAL MILITAR	57
5.1 NORMAS RECTORAS EN LOS DOS ORDENAMIENTOS	57
5.1.1 Normas rectoras del procedimiento penal ordinario no contempladas en el Código Penal Militar	57
5.1.2 Normas rectoras del procedimiento penal militar que no aparecen en el Nuevo Código de Procedimiento Penal	59
5.1.3 Otras observaciones	62
5.2 LOS SUJETOS PROCESALES	62
5.2.1 El fiscal en el procedimiento penal ordinario y el Fiscal en el procedimiento Penal militar	62
5.2.2 Ministerio Público	64
5.2.3 El sindicato y el procesado	66
5.2.4 El Defensor	66
5.2.5 Parte civil	67
5.2.6 El tercero incidental y el tercero civilmente responsable	70
5.3 LOS RECURSOS	70
5.3.1 Recursos ordinarios	70
5.3.2 Recurso extraordinario de casación	71
5.3.3 La Consulta	72
5.4 EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS	72
5.5 OTRAS CONSIDERACIONES	73
5.5.1 Titularidad de la acción penal	73
5.5.2 Sobre los delitos querellables	74
5.5.3 El auto inhibitorio	74
5.5.4 Cierre de la investigación y calificación	74
5.5.5 Otros delitos	76
5.5.6 Terminación abreviada del proceso	77
6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	78
BIBLIOGRAFÍA	81
ANEXOS	

INTRODUCCIÓN

A raíz de la promulgación de la nueva Constitución Política de Colombia el 04 de julio de 1.991, gran parte de las normas jurídicas vigentes en el país devinieron en inexecutable por inconstitucionalidad sobreviniente, situación a la que no escapó el Código Penal Militar de la época, Decreto 2550 de 1.980, por lo cual varias de sus prescripciones fueron declaradas inexecutable mediante sentencias de la H. Corte Constitucional. En palabras de algunos analistas, entre 1.992 y 1.999 el Código Penal Militar se fue reformando “a golpes de jurisprudencia”.

Ante la evidente necesidad de modificar el estatuto punitivo castrense para adecuarlo a la filosofía de la nueva Carta Fundamental, desde el año de 1.994 se organizó una comisión de reforma del código conformada por representantes de la justicia penal militar y eminentes abogados penalistas del estamento civil, comisión que produjo el proyecto del nuevo código, puesto a consideración de las comisiones segundas de Senado y Cámara, radicado como Proyecto de Ley No.064 de 1.997 Cámara y No. 107 de 1.997 Senado, el cual se debatió por dos años para convertirse finalmente en la Ley 522 del 12 de agosto de 1.999 CODIGO PENAL MILITAR, que entró en vigencia un año después de su promulgación.

Para ambientarnos en el tema, inicialmente se hace un recuento histórico de la evolución de la justicia penal militar a lo largo de la historia universal y especialmente en la historia de nuestro país. Asimismo hacemos un parangón entre el fuero militar y el ámbito de la justicia castrense bajo la Constitución de 1.886 y bajo la Constitución de 1.991.

Con el fin de cumplir el objetivo principal del trabajo, en la parte central nos adentramos en el sistema procesal penal adoptado por el nuevo Código Penal Militar, para llegar a concluir que es éste un Código moderno, garantista, adecuado a la filosofía de nuestra actual Carta Política y a los compromisos adquiridos por Colombia en el ámbito internacional de los Derechos Humanos.

Reconocemos la importancia y las bondades del nuevo Código Penal Militar, pero no por ello hemos dejado de consignar nuestra respetuosa discrepancia en algunos aspectos o modificaciones que no son de nuestro recibo. Por otra parte, encontramos que algunas de las prescripciones del Código Penal Militar en su parte procesal pueden ser de utilidad en el procedimiento penal ordinario, opiniones que quedan consignadas en los análisis pertinentes y en las conclusiones del trabajo.

Finalmente, queremos dar nuestro sentido agradecimiento al Tribunal Superior Militar por haber facilitado nuestra investigación y estudio y, de manera especial, al Doctor ANDRES RAMÍREZ MONCAYO, Director del Trabajo, por su generoso apoyo y sabia dirección, sin los cuales no habría sido posible este logro, que esperamos sea de alguna utilidad en el conocimiento y desarrollo de la doctrina procesal penal, tanto ordinaria como castrense.

1. LA JUSTICIA PENAL MILITAR

1.1 CONCEPTO GENERAL SOBRE JUSTICIA PENAL MILITAR

Lo que en Colombia se conoce como la Justicia Penal Militar no es otra cosa que la organización judicial, cuya existencia consagra el artículo 116 de la Carta Fundamental, encargada de investigar y juzgar los delitos cometidos por los militares en servicio activo en relación con el mismo servicio.

Se dice comúnmente que la justicia penal militar es una “justicia administrativa” en cuanto está encuadrada dentro de la organización de la rama ejecutiva, ya que depende administrativamente del Ministerio de Defensa Nacional. Además, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, habiendo señalado en la sentencia C-37 de 1.996 –sobre el proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia- con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, que la Justicia Penal Militar no forma parte de la rama judicial.¹

Como se explicará a lo largo del presente trabajo, aunque la justicia penal militar en Colombia no pertenece orgánicamente a la rama judicial, se rige íntegramente en su funcionamiento y atribuciones por los parámetros constitucionales y legales establecidos

¹ En la sentencia mencionada conceptuó la Corte Constitucional que la justicia penal militar no pertenece a la rama judicial del poder público, básicamente por dos razones:

Las autoridades de la rama judicial están señaladas expresamente en el Título VIII de la Constitución Política. Hay órganos o funcionarios que por expresa disposición constitucional administran justicia, entre ellos la justicia penal militar, que lo hace por disposición de los artículos 116 y 221 de la Carta, pero por no estar incluidos dentro de los órganos previstos en el Título VIII no pertenecen a la rama judicial del poder público.

En segundo lugar, la Corte hace referencia al Auto No. 12 del 1º de agosto de 1.994 de la misma corporación, M.P. Jorge Arango Mejía, donde se concluyó: “Es verdad que la justicia penal militar, según lo dice el artículo 116 de la Constitución Nacional, administra justicia. Pero lo hace de manera restringida, no sólo por los sujetos llamada a juzgar, sino por los asuntos de los cuales conoce”.

para las autoridades judiciales. Es claro que –por disposición expresa del artículo 116 de la Carta Política- la justicia penal militar administra justicia. Además, el máximo juzgador dentro de su estructura es la Corte Suprema de Justicia (art. 234 del Código Penal Militar) y su organización y funcionamiento actual garantizan las notas de imparcialidad e independencia características del órgano judicial, máxime al considerar que con la expedición del nuevo Código de la materia se ha minimizado la posibilidad de injerencia del mando militar en el desarrollo de los procedimientos, especialmente con la abolición de atribuciones y competencias judiciales para los comandantes de los diferentes niveles, de manera que no es impropio sostener que la justicia penal militar es la autoridad con facultades judiciales específicas para investigar y juzgar los injustos castrenses.

1.2 EL DERECHO PENAL MILITAR. DEFINICIONES Y ELEMENTOS

Para poder hablar de una justicia penal militar es forzoso hablar de un Derecho Penal Militar, así como para hablar de la jurisdicción penal ordinaria debe existir un Derecho Penal. Veamos a continuación algunas definiciones que pueden ilustrarnos sobre la naturaleza y características de este especial Derecho:

- a. Para Cabanellas el Derecho Penal Militar es “el punitivo peculiar de la milicia, contenido por lo común en el Código de Justicia Militar. Está constituido por las normas y principios que establecen los delitos por infracción de los deberes del servicio, por violar la disciplina del ejército, por desobediencia o rebeldía de las fuerzas armadas ante los poderes legítimos del Estado y otros inherentes a la condición militar, con las consiguientes penas, de proverbial severidad”²
- b. Pietro Vico lo define como “aquella parte de la ciencia del derecho penal que estudia la violación del orden jurídico militar y la correspondiente sanción penal”.³

² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho usual. Tomo I. Editorial Arayú. 1.953. Pág. 655.

³ VIECO, Pietro. Diritto Penale Militare. Milano, 1.971. pág. 4.

c. Para el profesor Reyes Echandía el Derecho Penal Militar “es un derecho especializado en cuanto sólo se aplica a una determinada categoría de personas: militares en servicio activo, o en situación de reserva o de retiro en los casos de delitos contra la disciplina de las Fuerzas Armadas, militares extranjeros al servicio de las Fuerzas Armadas de Colombia, prisioneros de guerra y espías, civiles que forman parte de fuerzas militares. Por razones de política criminal el Estado ha considerado conveniente someter a una jurisdicción penal especializada al personal de las fuerzas militares en el caso de comisión de ilícitos previa y expresamente señalados en el código de justicia militar”.⁴

1.3 SINOPSIS HISTÓRICA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

El Derecho Penal Militar y, por ende, la justicia penal militar existen desde la antigüedad. Los historiadores militares dan cuenta de su empleo en Atenas, en Macedonia, en Cartago, Persia y la India, donde determinadas conductas ejecutadas por los militares se hacían punibles y eran juzgadas por las mismas autoridades militares, especialmente en épocas de guerra o alzamiento armado.

Es en Roma donde el Derecho Penal Militar adquiere identidad, hasta el punto de que el propio Digesto, en el libro XLIX “Remilitari” hace mención de la jurisdicción militar, señalando dentro de la misma dos potestades como son el imperium –poder de mando, facultades disciplinarias y correccionales- y la jurisdictio –facultad propiamente jurisdiccional-.

Durante la Edad Media la jurisdicción penal militar deja de ser pública porque en este período las milicias son privadas, al servicio de los señores feudales.

⁴ REYES E., Alfonso. Derecho Penal. Parte General. Pub. UEC. 3ª. Edición. 1.974. Pág. 8. Esta definición del maestro Reyes Echandía no es válida hoy en día puesto que, a partir de la Constitución de 1.991 en ningún caso la Justicia Penal Militar puede juzgar civiles (art. 213 CN).

El Derecho Penal Militar se consolida con el nacimiento de los ejércitos nacionales en la edad moderna. A partir de la Revolución Francesa el derecho castrense comienza a perder su carácter privilegiado, hasta llegar a la concepción contemporánea del derecho foral, que se entiende no como un privilegio, sino “como una garantía destinada a proteger funciones de naturaleza pública”.

Para circunscribirnos al desarrollo de este especial ordenamiento en Colombia, diremos que, a semejanza de la gran mayoría de la legislación en nuestro país, el Derecho Penal Militar tuvo su origen en la legislación española, particularmente en las llamadas Leyes de Indias, que contenían algunas normas estrechamente relacionadas con la actividad castrense, y en las cuales se contemplaba el procedimiento de los Consejos de Guerra.

Después de nuestra emancipación, en 1.821, se expidió el Decreto que prolongaba la vigencia de leyes españolas relacionadas con la desertión y la adopción de drásticas medidas disciplinarias militares. Posteriormente y hasta nuestros días se han expedido normas de diferente carácter atinentes al derecho castrense, de las cuales mencionamos a continuación las siguientes, por considerar que han sido de trascendencia en este ámbito:

Ley del 2 de junio de 1.842: señaló la índole jurídica del delito militar, la conformación de los Consejos de Guerra y los tribunales de segunda instancia.

Ley 28 de 1.905, la cual atribuyó competencia a la jurisdicción punitiva castrense para conocer de delitos comunes cometidos por miembros del ejército o de las fuerzas revolucionarias en el transcurso de la guerra de los mil días.

El Decreto Legislativo No. 2 del 31 de diciembre de 1.928 sometió al conocimiento de los Consejos de Guerra Verbales las causas adelantadas contra particulares por la ejecución de delitos cometidos a propósito de la huelga de las bananeras.

El Decreto 1640 del 13 de julio de 1.944 dispuso la conformación de Consejos de Guerra Verbales para juzgar a quienes intentaron derrocar por esa época al Presidente Alfonso

López Pumarejo en la ciudad de Pasto.

La Ley 3ª. del 19 de febrero de 1.945 reiteró el juzgamiento de particulares por parte de la Justicia Penal Militar para épocas de anormalidad.

El 9 de Abril de 1.948 es asesinado en Bogotá el caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán. A partir de este hecho, se hace frecuente el régimen de excepción denominado Estado de Sitio, bajo el cual la jurisdicción castrense se ve abocada al juzgamiento de delitos comunes perpetrados por particulares.

En 1.953, bajo el gobierno de Gustavo Rojas Pinilla, se expide el Decreto 2311 que creaba la Corte Militar de Casación y revisión, organismo de muy efímera existencia, debido a las circunstancias políticas que vivió el país por esa época.

En 1.958 se dicta el Decreto 0250 mediante el cual se expide un nuevo Código de Justicia Penal Militar que permanecerá vigente hasta el año de 1.988, año en que se adopta como nuevo Código Penal Militar el Decreto 2550, cuya vigencia se prolongará hasta el año 2.000.

El 12 de agosto de 1.999, mediante la Ley 522, se expidió el actual Código Penal Militar, adecuado a los principios y al sistema penal introducidos por la Constitución Política de 1.991. Este código entró en vigencia a partir del 12 de agosto de 2.000.

2. LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.886 Y EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.991.

2.1 ARTÍCULO 170 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.886

Bajo el imperio de la Carta de 1.886 en Colombia la existencia y funcionamiento de la Justicia Penal Militar tuvo su sustento constitucional en el artículo 170, el cual disponía que “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”.

Por ser ésta una disposición de la norma superior del ordenamiento jurídico, primaba sobre cualquier otro mandato, de tal manera que su desconocimiento implicaba una trasgresión a la Carta Fundamental. Con fundamento en este canon constitucional tenía existencia y validez el Código Penal Militar que, en términos generales, a través de las reformas efectuadas, ha tratado siempre de los delitos y las sanciones, las penas militares, la jurisdicción, competencia y organización de la jurisdicción castrense, las normas procesales a cumplir en la investigación y juzgamiento del injusto militar y la aplicación de las sanciones penales militares.

Fue también el artículo 170 superior el fundamento constitucional de la existencia del fuero penal militar, en el entendido de que el término fuero se refiere a una excepción al principio general de igualdad ante la ley, excepción por la cual una jurisdicción especial (la justicia penal militar) es la competente para juzgar a unos sujetos calificados (los militares en servicio activo) por los delitos cometidos en relación con el servicio, siguiendo procedimientos especiales, de conformidad con normas especiales (las normas del Código Penal Militar) ⁵

⁵ RODRÍGUEZ USSA, Francisco. Derecho Penal Comparado. Tomo 1. Ediciones FRU. 1.988. Pág. 85

2.2 EL FUERO PENAL MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.886

2.2.1 Para comprender el concepto del fuero penal militar debemos partir de la noción general de fuero como una excepción al principio de igualdad ante la ley y una excepción al principio del juez natural. De ahí el carácter exceptivo del fuero castrense, en virtud del cual “la función jurisdiccional, respecto de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, se ejerce por las Cortes Marciales o Tribunales Militares, de conformidad con las prescripciones del Código Penal Castrense”⁶.

2.2.2 A través del tiempo, bajo la vigencia de la Carta de 1.886, se configuraron y aceptaron diferentes tipos de relaciones para determinar si el delito cometido por el militar podía considerarse como relacionado con el servicio. Dentro de ellas podemos destacar las siguientes:

- a) Causalidad: Cuando es evidente que el servicio es la causa determinante de la celebración del injusto.
- b) Ocasionalidad: Cuando el servicio es la circunstancia específica que brinda ocasión para asumir la conducta desviada.
- c) Funcionalidad: Cuando el comportamiento antijurídico se comete dentro del rol funcional que cumple el agente.

De conformidad con estos tres tipos de relaciones, el delito perpetrado por “miembro de la fuerza pública en servicio activo” por causa y razón del servicio era de competencia de la justicia penal militar.

También lo era el injusto cometido por el “miembro de la fuerza pública en servicio activo” con ocasión del servicio; es decir, cuando las circunstancias (tiempo, lugar, actividad, uniforme, cumplimiento de órdenes superiores, etc.) señalaban que el delito ocurrió en acto del servicio.

⁶ Ibid., Págs. 85 - 92

De la misma manera eran de conocimiento de la justicia castrense los delitos cometidos por el miembro de la fuerza pública “en ejercicio de funciones inherentes al cargo”.

Siendo perfectamente claro que cuando el militar en servicio activo comete el delito “por causa del servicio” (relación de causalidad), “con ocasión del servicio” (relación de ocasionalidad) o “en ejercicio de funciones inherentes al cargo” (relación de funcionalidad) se trata de delito cometido “en relación con el servicio” –por tanto de competencia de la jurisdicción castrense- estas tres relaciones se aceptaron bajo el imperio de la Constitución de 1.886 y durante los primeros seis años de vigencia de la nueva Carta. En sentencia de constitucionalidad del año 1.997 la Honorable Corte Constitucional dejó sin piso jurídico la aplicación de las mismas para la definición de competencia.⁷

2.2.3. En cuanto al juzgamiento de civiles por parte de la Justicia Penal Militar podemos señalar que la Carta de 1.886 no lo prohibió. De hecho, durante largo tiempo –desde los albores de la vida republicana- se apeló a él por parte del Gobierno Nacional y se desarrolló una normatividad acorde con el empleo de tal figura jurídica. Ya en la segunda mitad del siglo anterior encontramos, por ejemplo, el artículo 308 del decreto 0250 de 1.958 (Código de Justicia Penal Militar de la época).

Si examinamos dicha norma sobre los injustos de conocimiento de la jurisdicción castrense encontramos que:

- a. En tiempo de normalidad la justicia penal militar conocía de los delitos cometidos por los militares en servicio activo, en relación con el mismo servicio.
- b. En tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público (estado de sitio), conocía de todos los delitos (comunes y en relación con el servicio) cometidos por los militares y por el personal civil al servicio de las Fuerzas Armadas⁸

⁷ V. Nota de pie de página No. 15 sobre Sentencia C-358 de agosto 5 de 1.997.

⁸ Decreto 0250/58. “ART. 308.- La jurisdicción penal militar conoce:

1º De los delitos definidos y sancionados en el presente Código;

Además del artículo 170 de la Constitución Política de 1.886, que establecía el fuero militar, el ejecutivo apeló constantemente al artículo 121 de la misma Carta –consagratorio de la figura del Estado de Sitio- en ejercicio del cual en los decretos legislativos expedidos para conjurar las causas del estado de anormalidad se le asignaba a la justicia penal militar el conocimiento de determinados delitos cometidos por los particulares, especialmente delitos contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra la libertad individual y aún los delitos contra el Estatuto Nacional de Estupefacientes.⁹

2° De los Delitos establecidos en las Leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que estén al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del Orden Público;

3° De los delitos establecidos en este código o en leyes comunes, cuando se cometan en territorio extranjero invadido, a bordo de buques de la Armada o de aeronaves militares colombianas o que estén al servicio de las Fuerzas Armadas de la República.”

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1.886.- ART. 121 (A.L. 1 de 1.968, art. 42). El artículo 121 de la Constitución Nacional quedará así :

En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempo de guerra o perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes rigen para la guerra entre naciones.

Los decretos que dentro de esos precisos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros. El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

La existencia del estado de sitio en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso. Por consiguiente, éste se reunirá por derecho propio durante las sesiones ordinarias y extraordinarias cuando el Gobierno lo convoque.

Si al declararse la turbación del orden público y el estado de sitio estuviere reunido el Congreso, el Presidente le pasará inmediatamente una exposición motivada de las razones que determinaron la declaración. Si no estuviere reunido, la exposición le será presentada el primer día de las sesiones ordinarias o extraordinarias inmediatamente posteriores a la declaración.

En el caso de guerra exterior, el Gobierno convocará al Congreso en el decreto que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los diez días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio.

El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o terminado la conmoción interior y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinarios que haya dictado.

Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo.

Parágrafo.- El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente al de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento.

Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los Magistrados responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario.

En resumidas cuentas, podemos decir que la justicia penal militar, además de su función específica, se empleó como instrumento para el manejo de situaciones de alteración del orden público, combinando para ello los preceptos contenidos en los artículos 170 y 121 de la Constitución Nacional.

Como se mencionó en el capítulo anterior la adopción del juzgamiento de civiles por parte de la justicia penal militar se incrementó notoriamente a partir de 1.948, a raíz de los sucesos del 9 de abril, hasta el año de 1.987 en el que mediante fallo de fecha 05 de marzo la Corte Suprema de Justicia “de acuerdo al espíritu y a la letra de la constitución” declaró inexecutable el juzgamiento de civiles por la justicia castrense.¹⁰

¹⁰ El Gobierno Nacional, mediante Decreto 1038 de 1.984, declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional.

En desarrollo de dicho Decreto expidió el Decreto Legislativo 3671 de 1.986 por medio del cual se asignaba a la Justicia Penal Militar el conocimiento de los delitos contemplados en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1.986, correspondientes a actividades de narcotráfico.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia No. 20 (Ref. Expediente. 1562 (235-E) de 5 de marzo de 1.987 declaró inconstitucional el Decreto Legislativo 3761 de 1.986 por considerar que “LA JUSTICIA PENAL MILITAR NO ES COMPETENTE PARA JUZGAR A CIVILES”, básicamente por las siguientes razones:

1. De las ponencias y debates desarrollados en el Congreso para aprobación del artículo 42 del Acto Legislativo No. 1 de 1.968 -modificatorio del artículo 121 de la Constitución Política de 1.886- se infieren las facultades de que se revestía al Gobierno para las situaciones de estado de sitio, facultades legales (previstas en las leyes), facultades que la Constitución autoriza para tiempo de guerra o turbación del orden público (enunciadas en la misma constitución, por ejemplo, en los artículos 28, 33, 38, 42, 43, 61, 206) y las reglas del Derecho de Gentes para la guerra entre naciones.

De allí se deduce que los límites de las facultades del estado de sitio se tornaron precisos, abandonándose expresamente las tesis del fallo de junio 12 de 1.945, según la cual el deber que tiene el Presidente de conservar y restaurar el orden público lo dota implícitamente (subraya nuestra) de todas las facultades necesarias para cumplir su cometido.

2. Del artículo 61 de la Constitución puede deducirse que el ejercicio simultáneo de la autoridad judicial y militar no es una “facultad precisa” –como lo exige el artículo 121 superior- de que el Ejecutivo Nacional pueda hacer uso para conjurar la conmoción interior.

3. El principio de separación de las ramas del poder público –artículo 55 de la Constitución- exige que los jueces ejerzan funciones separadas, es decir, independientes respecto del Congreso y la Rama Ejecutiva. Los Tribunales Militares no pertenecen a la rama jurisdiccional sino a la organización jerárquica de las Fuerzas Armadas, por lo cual no cabe predicar de ellos las notas de independencia y de especialización que, según los principios del Estado de Derecho, deben caracterizar la administración de justicia.

4. El artículo 170 superior contempla los Tribunales Militares exclusivamente para conocer de las faltas cometidas por militares en servicio activo y dentro del mismo, en razón de un fuero especialísimo que se explica por la naturaleza de la institución armada.

Asignarles el conocimiento de delitos cometidos por sujetos civiles implica algo más de fondo: una alteración sustancial del equilibrio de los poderes públicos y un cambio radical en la concepción de la administración de justicia.

5. La anomalía en los hechos no puede combatirse creando anomalía en las estructuras jurídicas de la República, pues en todo tiempo deben prevalecer los mandatos constitucionales sobre las normas de inferior categoría.

2.3 FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN DE 1.991

2.3.1 En primer término es conveniente precisar que la existencia y el funcionamiento de una Fuerza Pública en Colombia, además de su innegable necesidad física, tiene sustento en el artículo 216 de la Carta, Fuerza Pública integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la policía nacional.

2.3.2 Dada la especialísima índole de las actividades castrenses, el constituyente consagró expresamente el Fuero Militar en el artículo 221 de la Carta Magna, al determinar que “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”.

2.3.3 A diferencia de la Carta de 1.886, la nueva Constitución Política proscribió la ampliación de la competencia de los tribunales castrenses bajo situación de anormalidad. Para ello, en el artículo 213, último inciso, que trata de los estados de excepción en los casos de grave perturbación del orden público, señaló tajantemente que “En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”.

Esta disposición superior fue impuesta por el Constituyente en cumplimiento de los compromisos adquiridos por Colombia ante la comunidad internacional, así que puede decirse que se trata de un tema cerrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹¹

¹¹ La terminante prohibición del juzgamiento de civiles por parte de la justicia penal militar es producto del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, corresponde a los compromisos adquiridos por Colombia al ser parte en diferentes Convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Entre ellos cabe destacar: la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 27 autoriza a los Estados partes a adoptar, en caso de guerra, de peligro público u otra emergencia que amenace la independencia y seguridad del Estado, disposiciones que suspendan –en la medida y por el tiempo estrictamente necesarios- las obligaciones contraídas en esta Convención, sin que en ningún caso se autorice la suspensión del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el principio de legalidad y de retroactividad, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos.

2.3.4 Dentro del Título V Organización del Estado, Capítulo I Estructura de Estado, el artículo 116 enuncia las autoridades que imparten justicia en Colombia, contemplando dentro de ellas a la Justicia Penal Militar.

2.3.5 En reemplazo del anterior sistema inquisitivo la nueva Constitución consagró en Colombia el SISTEMA ACUSATORIO en el procedimiento penal, al crear en el artículo 249 la Fiscalía General de la Nación y asignarle en el artículo 250 la responsabilidad de “investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los tribunales y juzgados competentes”. Sin embargo, en el mismo artículo se excluyó de la competencia de la Fiscalía General de la Nación, para la investigación y acusación, “los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

2.3.6 Queda claro, entonces, que la existencia de la justicia penal militar tiene sustento en la propia Carta Política.

El Constituyente de 1.991 –que procuró diseñar una Carta moderna, democrática y garantista- consideró necesario mantener la institución del fuero militar y la correspondiente organización de justicia penal militar.

2.4 CAMBIOS IMPUESTOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR A RAÍZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Al producirse el cambio de Carta Fundamental en 1.991, dentro del campo penal militar estaba rigiendo el Decreto 2550 de 1.988, código que se mantuvo vigente hasta el año 2.000, habiendo sido derogado por la Ley 522 de 1.999.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1.948, que en su artículo 10 consagra el derecho de toda persona a ser juzgada por tribunales independientes e imparciales, y en su artículo 30 prohíbe la suspensión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en tal Declaración.

Como en todas las áreas del ordenamiento jurídico, en la penal militar se presentaron diferentes conflictos entre las normas legales y la nueva Constitución, presentándose en no pocos casos situaciones de inconstitucionalidad sobreviniente.

Fue por esta razón que entre 1.992 y 1.999, a partir del texto del Decreto 2550 de 1.988, la Corte Constitucional, mediante sentencias de constitucionalidad y de tutela, fue imponiendo los cambios que requería el Código Penal Militar, hasta desembocar finalmente en el Código actual (Ley 522 de 1.999), adecuado al sistema y a las innovaciones impuestas por la Constitución de 1.991.

Al señalar que la Corte Constitucional fue imponiendo los cambios, no pretendemos en ningún momento decir que esta alta corte se excedió en sus funciones constitucionales. Simplemente queremos señalar que, en muchos casos, como consecuencia directa e inmediata de las sentencias se produjeron los cambios, aún antes de haberse expedido el nuevo Código.

Como ejemplo, basta mencionar la sentencia C-259 de 1.993, que declaró inexequible el empleo de oficiales de la fuerza pública como defensores en los procesos penales militares. Tan pronto se profirió la sentencia, se impuso el empleo exclusivo de abogados del estamento civil como defensores en dichos procesos.

De manera similar, cuando la sentencia T-275/94 consagró el acceso a la justicia para víctimas y perjudicados por el injusto castrense, de inmediato entró a emplearse la figura de la Parte Civil en los procesos penales militares.

Estos y otros cambios se pusieron en ejecución antes de producirse la nueva normatividad legal, lo cual fue posible porque al dejar de aplicarse las normas especiales del procedimiento penal militar, se suplieron sus prescripciones con las del procedimiento penal común (norma general).

Así pues, la mayoría de los cambios que requería el Decreto 2550 de 1.988 se produjeron bajo su misma vigencia, de manera que al expedirse la Ley 522 de 1.999 lo que se hizo fue reunir en un solo cuerpo legal las diferentes normas sustanciales y procedimentales de la justicia castrense.

Por las razones expuestas, no es extraño que los penalistas militares afirmen que el Código “se fue reformando a golpes de jurisprudencia”.

A continuación presentamos una síntesis del camino recorrido a partir del Código anterior para su adecuación a la nueva Carta, a semejanza de lo que ocurrió en la jurisdicción ordinaria con el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal.

2.4.1 El defensor en los procesos militares. La sentencia C-529 de diciembre de 1.993, con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, declaró inexecutable el inciso 1 del artículo 374 del Decreto 2550 de 1.988, según el cual en los procesos penales militares el cargo de defensor podía ser desempeñado “por un abogado en ejercicio o por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo”.

Consideró la Corte que esta norma transgredía el artículo 29 de la Constitución que consagra el derecho a la defensa técnica, derecho que fue reconocido por el constituyente para todas las personas y dicha función de defensa del sindicado no puede ser adelantada por persona sin la habilitación científica y técnica del profesional del derecho. Además, para la Corte, la calidad de militar en servicio activo no es compatible con la noción de defensa técnica debido a la relación jerárquica que puede reducir la autonomía, independencia y capacidad de deliberación necesarias para la defensa.¹²

¹² En salvamento de voto, los H. Magistrados José Gregorio Hernández G. y Hernando Herrera V., disienten de la incompatibilidad de la calidad de militar con la noción de defensa técnica –para el caso concreto de los militares abogados- puesto que parte de un prejuicio consistente en que un abogado militar no será capaz de ejercer el cargo de defensor con probidad y lealtad y, peor aún, que al abogado defensor con la calidad de militar sus superiores le presionarán y le ordenarán incumplir con sus deberes, prejuicios que parten de la presunción de la ilegalidad y la mala fe en las actuaciones de los militares.

2.4.2 Acceso a la justicia para víctimas y perjudicados. Como quiera que en el Decreto 2550 de 1.988 no se contemplaba la acción civil dentro del proceso penal castrense, bajo la Constitución anterior y hasta 1.994 no se dio cabida a la Parte Civil en los procesos de la Justicia Penal Militar.

Por sentencia T-275 de 1.994 la Corte protegió el acceso al expediente para víctimas y perjudicados en los delitos investigados por la justicia castrense, con base en dos razones fundamentales:

Primera: El acceso a la justicia contemplado en el artículo 229 de la Constitución es un derecho fundamental, inescindible del debido proceso, el cual “se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Concordando el artículo 229 con el artículo 13 - derecho a la igualdad- no existe razón alguna que justifique que mientras las víctimas y perjudicados de delitos investigados por la justicia penal ordinaria pueden acceder al proceso penal, las víctimas o perjudicados de ilícitos investigados por la justicia penal militar no puedan hacerlo.

Segunda: El acceso a la justicia para las víctimas y perjudicados, de conformidad con los artículos 30, 45 y 137 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600/2.000) se materializa en el acceso al expediente, el aporte de pruebas por el perjudicado y la constitución de la parte civil, la cual busca el resarcimiento del daño y el restablecimiento del derecho, concepto que incluye “el lograr lo justo”, por lo que debe respetarse a las víctimas o perjudicados su derecho a la búsqueda de la verdad.¹³

¹³ Decreto 1700/91. ART. 28. “**Acceso al expediente y aporte de pruebas por el perjudicado.** La víctima o el perjudicado, según el caso, podrán ejercer el derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas, pudiendo aportar pruebas. El funcionario deberá responder dentro de los diez días siguientes”.

ART. 45 “**Titulares de la acción civil.** La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, por los herederos o sucesores de aquellas.....”.

ART. 137 “**Definición.** Con la finalidad de obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por el hecho punible, el perjudicado o sus sucesores, a través de abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal”.

2.4.3 Límites de la obediencia debida. Mediante Sentencia C-578/95 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 15 del Decreto 0085/89 Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, cuyo texto reza:

“ART. 15.- La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta. Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de mala conducta, debe exponerlo así al superior. Si éste insiste, el subalterno está obligado a cumplirla, previa confirmación por escrito”.

Considera la Corte indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero rechaza como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. No puede reputarse como orden del servicio una orden cuyo contenido es abiertamente ilegítimo porque atenta contra los intereses que defiende la misma institución militar.

En la parte resolutive se declara la exequibilidad del artículo demandado “siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no pueden ser alegadas como eximentes de responsabilidad”.¹⁴

Los artículos 28, 43 y 149 del Decreto 2700/91 fueron trasladados en forma casi idéntica a la Ley 600/2.000, en sus artículos 30, 45 y 137 respectivamente. La única diferencia es que en estos últimos se habla de “conducta punible” en vez de “hecho punible”.

¹⁴ El artículo 91 de la Constitución Nacional establece : “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”. (el subrayado es nuestro)

Sin pretender discutir los fundamentos jurídicos y humanistas de la Corte Constitucional para proferir esta sentencia, consideramos que aquí el alto tribunal se llevó por delante el artículo 91 superior.

Esta última norma es de tan diamantina claridad que no puede haber asomo de duda por parte alguna.

Al condicionar la exequibilidad del artículo 15 del Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares la Corte Constitucional prácticamente “*corrigió*” al Constituyente.

2.4.4 Ámbito de aplicación del fuero penal militar. La Corte Constitucional ha consignado sus criterios sobre el campo de aplicación, las excepciones y el alcance del fuero penal militar en la Sentencia C-358/97, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz¹⁵, en la cual se resolvió la demanda contra treinta y cinco (35) artículos del Decreto 2550 de 1.988.

a. El fuero es de aplicación restrictiva: Sostiene la H. Corte Constitucional que por ser el fuero militar una excepción a la regla general del juez natural debe ser de aplicación restrictiva, así que el elemento funcional del fuero (que significa que los delitos juzgados por la justicia penal militar deben tener relación con el servicio) debe ser nítido e indiscutible. Debe haber relación directa y próxima, concreta, evidente; no puede ser remota o abstracta. En los casos de duda sobre la relación con el servicio, el caso debe pasar a conocimiento del juez ordinario (el subrayado es nuestro)¹⁶

¹⁵ La Sentencia C-358/97 es un documento de gran complejidad por la diversidad de temas que trata. Debido al cúmulo de cargos formulados, las normas demandadas se agruparon por temas, siendo los principales los siguientes:

1. Desigualdad entre las penas para los miembros de la fuerza pública y las penas para las personas que no lo son.
2. Ámbito de aplicación del fuero penal militar.
3. Análisis de la expresión “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo”.
4. Desigualdad entre los militares en materia de prescripción de la acción penal, de acumulación de procesos y de ejecución de la pena.
5. Régimen disciplinario de los servidores del Tribunal Superior Militar.
6. La no reformatio in pejus.
7. Facultades de los procuradores delegados para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en punto al nombramiento de procuradores judiciales penales.

Dentro de las numerosas conclusiones que pueden inferirse de esta sentencia, son de especial importancia para los fines de este trabajo las siguientes:

1. La Corte Constitucional ha declarado inexecutable las normas del antiguo Código Penal Militar que señalaban penas diferentes (menores) para el homicidio cometido por los militares en relación con el servicio, en comparación con las penas del homicidio en el Código penal ordinario. Asimismo, ha declarado inexecutable los artículos que consagraban términos de prescripción menores en la justicia penal militar con relación a los de la justicia ordinaria.
2. La Corte Constitucional ha delimitado – con carácter restrictivo- el alcance y aplicación del fuero penal militar.
3. Ningún miembro de la fuerza pública en servicio activo puede ser al mismo tiempo funcionario de la Procuraduría General de la Nación.

¹⁶ Consideramos que las situaciones de duda son las que dan origen a los conflictos de competencia que, en el caso de presentarse entre diferentes jurisdicciones, deben ser resueltos por el Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con el artículo 256, N° 6, de la Constitución. Por ello, nos asalta la sospecha de que el tribunal constitucional esté pasando por sobre las funciones encomendadas en la Carta Política al Consejo Superior de la Judicatura.

b. Conductas ab-initio criminales: Para ser de competencia de la justicia castrense, los delitos deben tener como referente el servicio militar o policial y tratarse de desviaciones cometidas por exceso o por defecto en el cumplimiento de dicho servicio. Por eso, las conductas ab-initio criminales no pueden considerarse relacionadas con el servicio. Para la Corte “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 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..... el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad... un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la fuerza pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio”.¹⁷

c. Análisis de las expresiones “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo”: La sentencia C-358 de 1.997 restringió el ámbito de aplicación del fuero penal militar al declarar la inexecutable de las expresiones “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo” y “con ocasión del servicio”, contenidas en los artículos 190, 261, 262, 263, 264, 266, 278 y 291 del Decreto-Ley 2550 de 1.988.

Los artículos demandados ordenaban :

“Art. 190.- Peculado sobre bienes de dotación. El que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales, se apropie en provecho suyo o de un tercero de cosa mueble ajena que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”.

Al pretender resolver de una vez por todas los conflictos de competencia en los casos de los delitos cometidos por los militares en servicio activo, la Corte Constitucional muestra su afán de reducir en un todo la justicia penal militar, problema de tipo sustancial que escapa a los propósitos y alcances de este trabajo.

¹⁷ Véase en este mismo trabajo: los criterios gubernamentales en el nuevo Código Penal Militar – Delitos no relacionados con el servicio.

“**Art. 261.-** Homicidio preterintencional. El que con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo preterintencionalmente matare a otra persona, incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores, disminuida de una tercera parte a la mitad”.

“**Art. 262.-** Homicidio por piedad. El que con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo matare a otra persona por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años”.

“**Art. 263.-** Inducción o ayuda al suicidio. El que con ocasión del servicio por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, eficazmente induzca a otra persona al suicidio, o le preste ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años”.

“**Art. 264.-** Homicidio culposo. El que con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, por culpa matare a otra persona, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de un mil a diez mil pesos”.

“**Art. 266.-** Lesiones. El que con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, cause a otro daño en el cuerpo y en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los siguientes artículos”.

“**Art. 278.-** Hurto. El que con ocasión del servicio o por causa de éste, se apodere de cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años”.

“**Art. 291.-** Juez natural. Los militares en servicio activo y los miembros de la Policía Nacional, cuando cometan delitos contemplados en este Código u otros con ocasión del servicio y en relación con el mismo, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este Código. (Las subrayas son nuestras y corresponden a las expresiones declaradas inexecutable en la sentencia en comentario).

La Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones señaladas, básicamente por dos consideraciones: en primer término, porque al ser el fuero militar una excepción al principio del juez natural su interpretación debe ser totalmente restrictiva y la libertad del legislador para su aplicación es mínima. En segundo lugar, porque “no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva”.¹⁸

2.4.5 Vocales en los Consejos de Guerra Verbales. Mediante sentencia C-145 de 1998 la Corte Constitucional declaró inexecutable la participación de los vocales (jurados de conciencia) en los Consejos Verbales de Guerra por violar derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, como el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso.

Con la figura de los vocales se violan estos derechos fundamentales porque aquellos deciden según su íntima convicción, sin necesidad de motivar su decisión –lo cual la hace intangible- dejando de regir en estos procesos el ordenamiento jurídico para ser sustituido por la voluntad de los vocales.¹⁹

¹⁸ Respecto a la declaratoria de inexecutable de las expresiones señaladas, estamos de acuerdo con el planteamiento de los H. Magistrados Jorge Arango Mejía, Hernando Herrera Vergara y José Gregorio Hernández Galindo en su salvamento parcial de voto a la sentencia C-358/97. Manifiestan los magistrados disidentes: “Nuestra discrepancia estriba exclusivamente en la declaración de inexecutable de las expresiones “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo”, con las cuales el legislador ha calificado los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, con sujeción a los preceptos constitucionales, para que queden comprendidos dentro del ámbito de jurisdicción de la justicia penal militar..... ¿Cómo sostener que un acto ejecutado “con ocasión del servicio o por causa de éste” o en ejercicio de funciones “inherentes al cargo militar” no guarda relación con el servicio confiado por la Constitución a los miembros de la Fuerza Pública? Las expresiones demandadas no violan, por sí mismas, la Constitución, pues todas implican “relación con el servicio”. Por ello, la declaratoria de su inexecutable es improcedente e inútil, y a nada conduce.”

¹⁹ En sentencia anterior (C-226/93. M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte Constitucional, interpretando la voluntad del Constituyente - “criterio subjetivo o auténtico, expresado por vía negativa”- declaró inexecutable las normas del Código Penal que se referían a los jurados de derecho, cerrando así el paso a la intervención de vocales o jueces de hecho en el nuevo sistema acusatorio, vocales que constituyen la intervención del pueblo en el juzgamiento, una de las características esenciales en un sistema acusatorio.

2.5 EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR (LEY 522 DE 1.999)

Entre noviembre de 1.997 y agosto de 1.999 se surtió en el Congreso de la República el trámite para la aprobación del nuevo estatuto penal castrense, el cual se aprobó en sesión del 9 de agosto y se publicó en la Gaceta del Congreso, año VIII, número 267, como Ley 522 de 1.999, habiendo entrado en vigencia, de acuerdo al artículo 608, un año después de su expedición, es decir a partir del 9 de agosto de 2.000.

2.5.1 Organización y contenido. El nuevo Código Penal Militar se conformó buscando su concordancia en los aspectos generales con los nuevos Códigos Penal y de procedimiento penal, acogiendo el sistema acusatorio introducido por la nueva Carta Fundamental. Esta ley consta de 608 artículos y está conformada por tres libros, así :

a) Libro Primero – Parte General: Contempla las normas rectoras de la ley penal militar, el hecho punible, de la punibilidad, de las medidas de seguridad, de la responsabilidad civil derivada del hecho punible.²⁰

b) Libro Segundo – Parte especial De los delitos: Delitos contra la disciplina, delitos contra el servicio, delitos contra los intereses de la Fuerza Pública, delitos contra el honor, delitos contra la seguridad de la Fuerza Pública, delitos contra la población civil, delitos contra la administración pública, otros delitos, delitos comunes.

c) Libro Tercero – Procedimiento penal militar: Normas rectoras del procedimiento penal, disposiciones generales, de la jurisdicción y de la competencia, incidentes, sujetos procesales, actuación procesal, pruebas, investigación, calificación, procedimientos para el juzgamiento, ejecución de las sentencias, disposiciones finales.

²⁰ Como puede observarse, el Libro Primero –Parte General- sigue los lineamientos del Código Penal ordinario de 1.980, por lo que podemos afirmar que la Ley 522/2.000 es una norma de sistemática y paradigmas finalistas.

2.5.2 Ámbito de competencia. Los delitos que persigue la justicia penal militar, en concordancia con el mandato del artículo 221 de la Constitución Nacional, son los contemplados en los artículos 2º y 195 del Código Penal Militar.

El artículo 2ª del Código castrense define los delitos relacionados con el servicio como “aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia” (la subraya es nuestra). En principio pueden considerarse como delitos relacionados con el servicio aquellos tipos penales especiales contemplados en el Libro Segundo (Parte Especial – Delitos) Títulos primero a séptimo, conocidos como Delitos Típicamente Militares. Ejemplo de ellos son el delito de insubordinación, la desobediencia, los ataques y amenazas a superiores e inferiores, el abandono del comando y del puesto, la inutilización voluntaria y la cobardía, entre otros, hechos punibles que sólo pueden ser cometidos por miembros de la Fuerza Pública.

Además de los delitos típicamente militares, de conformidad con el artículo 195, también se aplicarán las prescripciones del Código Penal Militar en los casos contemplados en el Libro Segundo –Título Noveno – Delitos comunes, que hace referencia a los delitos comunes (contemplados en el código penal ordinario o en leyes complementarias) cometidos por miembros de la Fuerzas Pública “en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, caso en el cual los injustos serán de conocimiento de la justicia penal militar.

2.5.3 Criterios gubernamentales. Los criterios gubernamentales para el cambio del Código Penal Militar, concordantes en un todo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, fueron los siguientes:

a) Definir el acto del servicio: A diferencia del anterior código, en éste se define, en el artículo 2º, el acto del servicio, así como en el artículo 3º se señalan delitos que no tienen relación con el servicio. El legislador pretendió definir a-priori las circunstancias de conocimiento de la justicia penal militar y de la justicia ordinaria.

- b) Determinar los delitos que en ningún caso están relacionados con el servicio: El artículo 3º señala que en ningún caso los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada podrán considerarse como relacionados con el servicio. Este criterio está conforme con los tratados internacionales aceptados por Colombia y acorde también con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia 358/97, al delimitar el ámbito de aplicación del fuero militar, la cual excluyó del fuero las conductas ab initio criminales.
- c) Regular la obediencia debida: Siguiendo normas del Derecho Internacional Humanitario y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-578/95, se delimitó la obediencia debida, ya que en el Decreto 2550/88 los tipos penales de insubordinación y desobediencia se presentaban ante “órdenes del servicio”. En el nuevo código los dos tipos penales se estructuraron para cometerse no ante cualquier orden del servicio sino ante “orden legítima del servicio impartida con las formalidades legales” (el subrayado es nuestro).
- d) Consagrar el derecho a la Defensa Técnica: Siguiendo el precepto superior del artículo 29 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-529/93, se consagró en el artículo 297 del Código el requisito del título de abogado para intervenir como defensor en los procesos, a semejanza del código procesal penal común.
- e) Adoptar la constitución de Parte Civil en el Proceso Militar: En este Código se introduce la Parte Civil dentro de los procesos castrenses, figura no existente en el antiguo. Cabe destacar que en este campo la Parte Civil tiene considerables diferencias con la del proceso penal común, ya que esta última tiene por objeto, de acuerdo con el nuevo código, Ley 600 de 2.000, “el resarcimiento de los daños y perjuicios”, mientras que en el Código Penal Militar “La constitución de parte civil en el proceso penal militar tiene por objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos”. (El subrayado es nuestro). Esto es así porque en lo referente a la indemnización de daños y perjuicios para las víctimas y perjudicados por el injusto militar, ésta se obtiene a través de la acción indemnizatoria que se ejerce ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

f) Ordenar la intervención obligatoria del Ministerio Público: En este código se consagra la intervención del Ministerio Público en todos los procesos, en condición de sujeto procesal, Ministerio cuyo ejercicio queda circunscrito a la persona del Procurador General de la Nación y sus delegados o agentes. Desaparecen aquí los Fiscales Militares Permanentes ante los jueces de primera instancia, función que era cumplida por oficiales de las unidades militares que actuaban como representantes del Ministerio Público.²¹

g) Separar la justicia penal militar de las funciones del mando: La planta de funcionarios de la justicia penal militar fue modificada mediante Decreto 1514 de 2.000 para funcionar de manera independiente conforme a los parámetros de la administración de justicia. En concordancia con ello se sustrajo de los Comandantes de Unidades Tácticas y Operativas la función de jueces de primera instancia. Así mismo la Ley 522 de 1.999 incluyó dentro de las normas rectoras del procedimiento penal militar, en el artículo 214, el principio de la “Independencia y autonomía del juzgador”.

h) Adoptar el Sistema Acusatorio en la justicia castrense: En nuestro concepto, éste es el cambio más importante de todos cuantos se introdujeron en el procedimiento penal castrense. Se acoge el sistema acusatorio impuesto por voluntad del constituyente de 1.991 para la justicia penal ordinaria, con trascendentales implicaciones en el funcionamiento de la Justicia Penal Militar, como veremos a espacio en el siguiente capítulo.

i) Determinar los sistemas de juzgamiento: Teniendo en cuenta lo decidido por la Corte Constitucional en su sentencia C-145/98 sobre la inconstitucionalidad de la figura de los vocales (jueces de conciencia) en los Consejos de guerra Verbales, en la Ley 522/99 se reducen a dos los sistemas de juzgamiento, así:

²¹ Bajo la vigencia del Decreto 0250 de 1.958 (art. 381) y del Decreto 2550/88 (art.s 361 a 368) el Ministerio Público ante los juzgados de primera instancia era representado por oficiales de las diferentes unidades, denominados “Fiscales Militares”, para los procesos del respectivo juzgado (comando). A partir de la Ley 201 de 1.995 “por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, quedaron derogados los artículos del Código Penal Militar referentes a los Fiscales Militares, ya que a partir de dicha ley dejaron de operar dichos funcionarios (militares en servicio activo) y se designaron Procuradores judiciales penales (no pertenecientes a la Fuerza Pública), de libre nombramiento y remoción por parte del Procurador General.

- Corte Marcial : similar al Consejo de Guerra sin Vocales contemplado en el Código Penal Militar anterior. Es el sistema de juzgamiento normal para la mayoría de injustos militares, ya que se aplica a todos aquellos delitos para los que no esté contemplado el denominado Procedimiento Especial.

- Procedimiento Especial: Procedimiento breve en el que no se realiza audiencia pública, ya que el juicio se surte a través de traslados a las partes. Este sistema de juzgamiento se emplea para los casos de delitos contra el servicio, de la fuga de presos, el uso indebido de uniformes e insignias de la Fuerza Pública y los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título Octavo, denominados “Otros delitos”. Estos últimos hechos punibles correspondían a contravenciones en la Ley No. 222 de 1.991 y en la Ley No. 228 de 1.995 y en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600/2.000), artículo 35, se contemplan como “Delitos que requieren querrela”.

3. EL SISTEMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA

3.1 EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

3.1.1 Noción general. El sistema acusatorio surgió en la antigua Grecia y fue adoptado por los romanos.

Su característica básica consiste en que las tres funciones principales dentro del proceso penal (acusatoria, defensiva y de juzgamiento) son desempeñadas por personas distintas. Para que en la polis griega se iniciara el proceso era necesario que el ofendido o perjudicado acusara públicamente al presunto responsable, quien, a su vez, podía defenderse personalmente o por intermedio de un representante.

El sistema acusatorio, a lo largo de la historia, ha sido una clara manifestación de justicia popular, porque el pueblo participa en el juzgamiento; por ello en los países de sistema acusatorio –como los anglosajones- opera la figura de los jueces legos o jurados de conciencia. Por otro lado, la iniciativa procesal corresponde generalmente a las partes y, desde la antigüedad griega hasta nuestros días, el sistema acusatorio se ha caracterizado por la controversia pública entre acusador y defensor, controversia que se desata ante un funcionario o tribunal que decide.

Por todas estas características, podemos decir que el sistema acusatorio es el que más garantiza el derecho al debido proceso, derecho constitucional de obligatoria aplicación, consagrado en el artículo 29 superior.²²

²²Constitución Política de Colombia 1.991. ART. 29.- “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a 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.

3.1.2. Principios del sistema acusatorio

a. Oralidad:

El principio de oralidad consiste en que “sólo se podrá tomar como base de la sentencia el material procesal presentado y discutido oralmente. Sólo de esta forma es como se puede garantizar que cada involucrado y presente en la sala tribunalicia sepa sobre lo que decide el juez”.²³

No se trata simplemente de leer las actas de las pruebas. El ente acusador y el defensor deben trabar un debate mediante la exposición de sus argumentos y la contradicción de los de la otra parte.

La oralidad proporciona economía, seguridad y rapidez porque la viveza de la argumentación dialéctica facilita la aclaración de aspectos grises, a diferencia de los escritos que sólo dan ideas limitadas y frías de la realidad.

La oralidad se relaciona íntimamente con los principios de la concentración (porque exige concentrar las pruebas en el debate público), con la inmediación (por la presencia física de las personas empleando la palabra hablada ante los jueces) y con la publicidad (porque permite el acceso popular).

b. Publicidad:

Esta es la característica más importante, después de la oralidad. Como quiera que los

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

²³ SCHÖNBOHN, HORST y otros. El proceso penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania. Fundación Konrad Adenauer. Caracas, 1.995. Pág. 54.

sistemas acusatorios, desde sus inicios, corresponden a un concepto de democracia, buscan fundarse en el concepto de transparencia, que nada ocurra a espaldas del pueblo, que todas las determinaciones y acuerdos puedan ser controvertidos por la opinión pública.

Así pues, todo el recorrido del proceso judicial debe ser público, salvo contadas excepciones que exigen la reserva de lo actuado, bien sea por razones de seguridad estatal u orden público previstas por el legislador.

c. Contradicción

El principio de contradicción, también llamado “de audiencia bilateral” es un derecho fundamental del procesado y tiene tres connotaciones o sentidos en su aplicación:

Primero, la confrontación dialéctica acusación - defensa, o sea el debate entre la acusación formulada por el fiscal y los argumentos del defensor.

En segundo lugar, se refiere a la oposición que debe haber entre la norma y el hecho, que corresponde al concepto de la antijuridicidad.

Finalmente, implica el derecho del sindicado a confrontarse con los testigos de cargo y a presentar sus propias pruebas.

d. Celeridad

El proceso, y particularmente el juicio, debe ser rápido, no debe someterse a dilaciones injustificadas, para que sea justo. Por principio, la justicia debe ser rápida. Si es lenta, no es justa porque atenta contra los derechos humanos (del sindicado, de la víctima y de todos los asociados) y porque produce grave malestar social por la sensación de ineficiencia e impunidad.

El juicio debe ser rápido, claro está sin perjuicio de la seguridad (jurídica) porque no puede sacrificarse ésta en aras de aquélla.

Por citar dos ejemplos, en el sistema de los Estados Unidos se prevé un procedimiento llamado “juicio rápido” para los casos de procesos donde el sindicado está privado de la libertad y en el sistema colombiano se prevén diferentes medidas de economía procesal, tales como la acumulación, la concentración, la demanda de reconvención, etc.

e. Inmediación:

En el sistema acusatorio el juzgador debe actuar por sí mismo, practicar en la vista principal las pruebas, de manera que pueda apreciarlas sin intermediarios; debe interrogar a los testigos para no limitarse a la fría lectura del expediente. Entre la recepción de una prueba y su evaluación debe haber unidad de acto.

f. Concentración

En un sistema acusatorio puro las pruebas acopiadas por el fiscal, para que sean válidas, deben concentrarse en el debate oral en la audiencia pública. En otras palabras, se tendrán como inexistentes las pruebas que no se puedan presentar ante el juez. Por eso en el sistema norteamericano no se admiten, están proscritas, como regla general, las llamadas “pruebas de referencia”, aquellas que menciona el fiscal sin poder presentarlas a la audiencia, como el caso del dicho de un testigo que no comparece a la hora del juicio.

g. Identidad del juzgador

El juzgador debe ser siempre uno y no se puede cambiar, por lo cual en un sistema acusatorio puro no son de recibo los jueces sin rostro. Este principio también significa que el juez no puede haber sido instructor del sumario ni haber participado en modo alguno en la fase de investigación.

h. Presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un derecho de todas las personas, una conquista dentro del camino recorrido en la lucha contra el abuso del poder, reconocido por la gran mayoría de estados democráticos.

En el momento de la sindicación, el imputado tiene a su favor la totalidad de la presunción, de manera que corresponde al Estado, a través del funcionario acusador, soportar la carga de la prueba que le impone verificar, más allá de toda duda razonable, que el hecho punible existió, que el sindicado lo cometió y que es responsable del mismo. A tal punto llega esta obligación del fiscal que si éste no persuade (aunque el acusado no ejerza defensa alguna) debe absolverse.

La presunción –aunque se vaya debilitando a medida que las pruebas van acreciendo en su “quantum probatorio”- se mantiene hasta el fin del proceso cuando se llegue a proferir sentencia condenatoria.²⁴

La presunción de inocencia significa la invulnerabilidad personal hasta que el Estado no logre desvirtuarla; por ello, en un estado democrático rige el reconocimiento de la libertad. Sin embargo, antes de la sentencia condenatoria, en todos los países se contempla la posibilidad de la prisión provisional en determinados casos como una necesidad social para impedir “la fuga del reo, asegurar el éxito de la instrucción y precaver la ocultación de futuros medios de prueba, esquivar la reiteración delictiva por parte del inculpad, y satisfacer las demandas sociales de seguridad”.²⁵

En los sistemas acusatorios donde el acusador pertenece a la rama ejecutiva del poder

²⁴ “Al principio sólo se necesita de una cintilla de evidencia, una prueba leve (indicio); para acusar requiere una mejor, contundente en el delito y algún grado de conexidad autor – hechos imputados. Ya en el juicio se solicita prueba más allá de duda razonable, criterio subjetivo de juez, convencimiento interior (principio de la libre valoración de la prueba)”. RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. Sistema Procesal Penal Colombiano. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1.998. Pág. 68.

²⁵ ASECIO MELLADO, José María. La prisión provisional. Edit. Civitas. Madrid, 1.987. Pág. 32 y ss.

público, el respeto al principio de la presunción de inocencia se manifiesta mediante el control de legalidad previo, no a posteriori, que ejerce el juez, que es quien autoriza al fiscal la adopción de medidas que afecten la libertad, propiedad y en general derechos de los sindicados.

La presunción de inocencia está también directamente relacionada con el derecho a la defensa, defensa material, que puede ejercer por sí mismo el sindicado, y defensa técnica, que es la que presta un abogado, como profesional técnica y científicamente habilitado para ello. Aunque el inculpado puede renunciar a la defensa material, su derecho a la defensa técnica es irrenunciable.

El derecho a la defensa carecería de sentido si no se partiera de una presunción de inocencia.

i. Oportunidad

En los sistemas acusatorios de estirpe anglosajona el fiscal es un funcionario del ejecutivo (Fiscalía, Ministerio Público o Secretaría de Justicia). Por ello cuando acusa lo hace en representación de la rama ejecutiva así que sólo tiene en cuenta consideraciones de índole política o de conveniencia. Por ello tiene discrecionalidad para no acusar si considera que no es el momento conveniente para hacerlo, así tenga la convicción de que el implicado es culpable.

Esta discrecionalidad se extiende hasta permitirle al fiscal acudir a la figura de las alegaciones de culpabilidad preacordadas, negociaciones con el procesado, inmunidades y beneficios que pueden llegar hasta el perdón.

3.2 EL SISTEMA INQUISITIVO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

3.2.1 Noción general. El sistema inquisitivo surge en Europa hacia el siglo XV por la influencia del derecho romano-canónico como instrumento al servicio del soberano y de la

iglesia, con características diametralmente opuestas a las del sistema acusatorio. En el sistema inquisitivo las funciones primordiales del proceso (acusatoria, defensiva y de juzgamiento) se concentran en una persona que, en representación del soberano o de la iglesia, investiga la verdad y juzga. Aquí no son las partes quienes inician e impulsan el proceso; es un solo funcionario público el que inicia, investiga y decide en el caso. La iniciativa es del funcionario y no de las partes. La nota característica es el secreto, ya que el proceso no es público. El acceso de la defensa es sumamente limitado, lo que representa clara desigualdad en perjuicio del imputado.

La influencia religiosa en este sistema procesal lleva a identificar delincuente con pecador. Así como el pecador debe confesar su pecado para obtener la salvación, el pecador debe confesar su delito.

La confesión, por ello, se convierte en la prueba reina.

3.2.2. Características del sistema inquisitivo:

a. Secreto

La actuación procesal es secreta gracias a que el Estado tiene la exclusividad para investigar, además para evitar el entorpecimiento de la averiguación y las influencias y reacciones de los particulares. Contrario sensu, la ejecución de la condena es pública para cumplir su función disuasiva, de prevención general mediante el escarmiento.

b. Escrito

Como consecuencia del secreto de la actuación, se requiere que se deje constancia por escrito de todos los actos procesales. Esta memoria de lo actuado permite tomar las decisiones en el caso de cambio del funcionario judicial y permite el trámite de la segunda instancia.

c. Oficiosidad

Como la iniciación y el impulso procesal son ajenos a los particulares, solamente el Estado persigue el delito, monopolizando en un mismo órgano las funciones de acusación y juzgamiento.

d. Especialización

La función de juzgar está reservada exclusivamente para los técnicos del Estado. Los particulares (legos) no pueden ejercer como operadores del sistema judicial, a diferencia de lo que ocurre en el sistema acusatorio.

e. Limitación del contradictorio

El principio del contradictorio se encuentra limitado, porque el procesado no es considerado sujeto de derechos. Por eso no se le permite contraprobar o desvirtuar las pruebas allegadas en su contra.

f. Tarifa legal de la prueba

La tarifa legal, por la cual el valor de la prueba es dado por la ley, impide al juez la libre apreciación o sana crítica. Constituye una limitación del poder del juez.

g. Inmodificabilidad de la resolución acusatoria

Como el funcionario investigador es el mismo juzgador, la resolución acusatoria (calificación del mérito del sumario) no se va a modificar en el juicio, de tal manera que regirá la sentencia en todo su contenido.

3.3 EL “SISTEMA ACUSATORIO ESPECIAL” DE COLOMBIA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS

3.3.1 Sistema Acusatorio Especial. Es claro que hoy por hoy no se encuentra en parte alguna el sistema acusatorio o el sistema inquisitivo puros. Por ello se habla, tal vez con mayor propiedad, de sistemas predominantemente acusatorios, o sistemas predominantemente inquisitivos, o aún de sistema mixto.

En nuestro país se trató de adoptar en la nueva Carta Política un sistema acusatorio (o mejor, de tendencia predominantemente acusatoria), llegando a conformarse un sistema híbrido de características “sui generis”, de manera que podemos decir que en Colombia se tiene un “sistema acusatorio especial”.²⁶

3.3.2 Fundamento Constitucional. Coherente con el carácter del Estado Social y Democrático de Derecho implantado por el Constituyente de 1.991, dentro de un concepto enormemente garantista, se diseñó un sistema acusatorio para el procedimiento penal en Colombia.

A semejanza de todos los sistemas acusatorios, se buscó, en primer término la fragmentación del procedimiento, de manera que las etapas de investigación y juzgamiento no quedaran en cabeza de un solo funcionario. Para ello en el artículo 249 de la Carta se crea la Fiscalía General de la Nación, como parte de la rama judicial, con autonomía administrativa y presupuestal. A continuación el artículo 250 le asigna la función de “investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales

²⁶ Para Iván González Amado el sistema procesal colombiano no es un “sistema de tendencia acusatoria”, sino que realmente su tendencia es “a la regresión al sistema inquisitivo” por las siguientes razones: 1) Se le ha llamado acusatorio por la “separación entre órgano de acusación y de juzgamiento”. 2) La acción penal, pese a ser pública, es oficiosa (salvo para delitos querellables). 3) La separación funcional entre el órgano de la acusación y del juzgamiento no es más que de competencia, porque la Fiscalía forma parte de la rama judicial. 4) En la administración de justicia penal no pueden participar los ciudadanos. Se ha proscrito –sin bases constitucionales- la institución del jurado de conciencia.

Cfr. GONZALEZ AMADO, Iván. Calificación de la instrucción y el proceso penal acusatorio. Rev. Universitas. P.U.J. Fac. de Ciencias Jurídicas. No. 86. Junio de 1.994. Pags. 37 - 59

competentes”. De allí nace entonces, claramente, el sistema acusatorio en nuestro país.

Pero además de la adopción del sistema acusatorio –por corresponder éste a la concepción del Estado democrático y garantista- la Carta Fundamental no se limitó a la escueta imposición de un sistema, sino que lo rodeó de una amplia y completa gama de derechos y garantías complementarias, a fin de llenar cabalmente sus cometidos.

Esta gran cantidad de normas protectoras –denominadas por Yesid Ramírez Bastidas como la “Jurisdicción Constitucional Procesal”-²⁷ tienen su principal expresión en el artículo 29 superior que agrupó en el Debido Proceso los derechos y principios de la legalidad del delito y de las penas, del juez natural, de respeto a las formalidades del juicio, de la favorabilidad, de la presunción de inocencia, del derecho de defensa material y técnica, del proceso público y sin dilaciones, de la contradicción probatoria, del “non bis in idem” y de la legalidad de la prueba.

El artículo 13, consagrador del derecho a la igualdad, soporta el principio procesal de la igualdad de las partes (igualdad del procesado frente a la parte acusadora).

El artículo 14 consagra el reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo, aceptando a la persona como sujeto de derechos. Constituye, por ello, base del sistema acusatorio en Colombia.

El artículo 28 postula la reserva judicial a favor de la libertad individual y la inviolabilidad del domicilio, al hacer indispensable el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y motivo previamente definido en la ley, para que una persona pueda ser reducida a prisión, arresto o detención, o su domicilio registrado.

El inciso 2º del mismo artículo 28 y el artículo 32 de la carta política contemplan las excepciones al régimen de reserva judicial, como son la atribución constitucional

²⁷ RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. Sistema Procesal Penal Colombiano. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, D.C. 1.997.

administrativa para detener preventivamente a una persona hasta por 36 horas y la captura en situación de flagrancia, respectivamente.

El artículo 30 consagra el recurso del “habeas corpus”, derecho de aplicación inmediata.

El artículo 31 consagra los principios de la doble instancia y la “no reformatio in pejus”.

El artículo 33 exime a toda persona de autoincriminarse ante los funcionarios judiciales y de declarar contra su cónyuge o compañero permanente y contra parientes dentro de determinados grados.

3.3.3 Características del sistema colombiano.

- a. La nota característica de nuestro sistema procesal penal es que la Fiscalía (investigador y calificador) pertenece a la rama judicial, por mandato del artículo 116 de la Constitución Política, a diferencia de los sistemas acusatorios anglosajones donde la Fiscalía pertenece al poder ejecutivo. Esta ubicación del ente acusador en Colombia lleva consigo diferentes implicaciones:

Primera: De acuerdo con el Decreto 2700/91, antiguo Código de Procedimiento Penal, como el Fiscal, que adelanta la etapa de investigación y califica el mérito del proceso, es autoridad judicial, puede tomar medidas que afecten la libertad del sindicado (por ejemplo la detención preventiva, la definición de situación jurídica) o su propiedad (mediante allanamientos, registros, etc.) u otros derechos (como, por ejemplo, el derecho a la intimidad, mediante interceptación de llamadas telefónicas), sin necesidad de control de legalidad previo por parte del juez. Habrá un control de legalidad posterior por parte del juez en la etapa del juicio.

Mediante la Ley 81/93, art.54, se adicionó el anterior Código de Procedimiento Penal con el artículo 414-A según el cual “Las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía

General de la Nación o por sus agentes” una vez se encontraran ejecutoriadas, podrían ser “revisadas en su legalidad por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público”.

En el nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 600/2.000, se contempla en el artículo 392 el control de legalidad de las medidas de aseguramiento y de decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de bienes, proferidas por el Fiscal, por parte del correspondiente juez de conocimiento, a ruego de parte. En este caso no se revisan las consideraciones de fondo sino que las medidas se hayan impuesto dentro del marco de legalidad.

Segunda: No hay representación del pueblo. Aquí, a diferencia del sistema acusatorio anglosajón (donde el fiscal –funcionario del poder ejecutivo- tiene que recibir la corroboración de la acusación por parte de un Gran Jurado, como manifestación de la intervención del pueblo en el proceso) la resolución de acusación que formula el Fiscal no está sometida a consideración del pueblo ni de funcionario alguno. Simplemente está sujeta a los recursos, que se invocan ante el respectivo superior jerárquico del Fiscal.

Tercera: En el desarrollo práctico del procedimiento penal se está presentando un elevado número de procesos que al pasar a la etapa de juicio son anulados merced al control de legalidad que ejerce el juez.

b. El sistema colombiano a la luz de los principios del sistema acusatorio :

Para efectuar este análisis del sistema procesal colombiano a la luz de los principios del sistema acusatorio nos hemos basado en las obras de Yesid Ramírez Bastidas²⁸, Jaime Granados Peña²⁹ y el español José Rojas Caro³⁰.

²⁸ Ibid

²⁹ GRANADOS PEÑA, Jaime. El sistema acusatorio en el Derecho Comparado y la nueva Fiscalía General en Colombia. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, D.C. 1.996.

³⁰ ROJAS CARO, José. Derecho Procesal Penal Militar. Casa Editorial Bosch. Barcelona. 1.991

1) La oralidad: El nuevo CPP (Ley 600/2.000) contempla la oralidad como norma rectora del proceso penal colombiano, pero este principio no se aplica a cabalidad en nuestro país.

Consideramos que no se aplica la oralidad porque aquí no se lleva el debate, mediante una puesta en escena, a la etapa del juicio, porque aquí generalmente el Fiscal se limita a leer las actas de las pruebas practicadas en la investigación y especialmente porque la sentencia se basa en tales actas antes que en el debate oral en la audiencia (porque prácticamente éste no se da).

Estamos de acuerdo con el tratadista español Gimeno Sendra, para quien en la actualidad lo decisivo para calificar un proceso de oral o escrito es su fase probatoria, de manera que un proceso penal es oral si la sentencia se fundamenta en el material de hecho introducido en el juicio verbalmente y, contrariamente, es escrito si la sentencia se elabora conforme al resultado de las actas.³¹

2) Publicidad: Consideramos que hoy por hoy este principio, contemplado en el artículo 14 del nuevo CPP, tiene cabal aplicación en el proceso colombiano, concretamente para la etapa del juicio, ya que la etapa de investigación está sometida a reserva para quienes no sean sujetos procesales.

Sin perjuicio de la reserva de la instrucción, de conformidad con el artículo 30 del nuevo CPP, las víctimas o perjudicados, según el caso, “podrán ejercer el derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas, pudiendo aportar pruebas”. A su vez, el funcionario judicial “deberá responder dentro de los diez días siguientes”.

Esta norma tiene origen en derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, como son el “acceso a la justicia” (artículo 229), el derecho de petición (artículo

³¹ Cfr. SENDRA, Gimeno y otros: Derecho Procesal, Tomo II, 2ª. Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1.988, p. 75.

23) y el derecho a ser informado de manera veraz e imparcial (artículo 20).

En concepto de la H. Corte Constitucional “la participación de las víctimas o perjudicados en el proceso penal no se justifica solamente por la perspectiva de lograr un bien patrimonial como reparación, sino, además, y especialmente, por el derecho que tienen las personas de acercarse a la verdad”³²

3) Contradicción: Contemplado como norma rectora en el artículo 13 del nuevo CPP, se ha consagrado para que los sujetos procesales puedan presentar y controvertir las pruebas. Inclusive, obliga al funcionario judicial a motivar toda decisión que afecte derechos fundamentales de aquellos.

4) Celeridad: No puede decirse que éste sea un principio del sistema penal Colombiano, aunque se haya incluido como norma rectora en el artículo 15 del nuevo código procesal.

La adopción de un sistema acusatorio perseguía alcanzar esta característica, pero mal puede decirse que se haya superado la falta de celeridad en los procesos y la consecuente impunidad.

5) Inmediación: El principio acusatorio de la inmediación tampoco se aplica plenamente en el proceso penal colombiano, debido a que las pruebas que practica el Fiscal en la etapa de investigación gozan de presunción de legalidad. Solamente puede decirse que hay inmediación –contacto entre el juez y la prueba- para el caso de las pruebas que éste decreta para realizarse en la audiencia, de conformidad con el artículo 403 del nuevo CPP.

6) Concentración: Una vez más diremos que la prueba practicada en la etapa de investigación por el Fiscal goza de presunción de legalidad. Por eso en el particular sistema colombiano no existe el principio acusatorio de la concentración probatoria, porque aquí no se requiere volver a probar ante el juez.

³² V. Sentencia T-275/94 Corte Constitucional. M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Es por esto que en el proceso penal colombiano el juez puede apartarse del debate, para fallar con base en pruebas que obran en el proceso y que no fueron debatidas en la audiencia (cuando por ejemplo, el juez llega a la conclusión de que ni las pruebas esgrimidas por el Fiscal ni las presentadas por el sindicado en la audiencia permiten resolver el fondo del debate, mientras que otras que constan en el sumario son la clave para desentrañar la verdad de los hechos).

7) Identidad del juzgador: Principio plenamente vigente en nuestro ordenamiento. Por ello, no es de recibo el sistema de “jueces sin rostro” que ya desapareció en Colombia.

8) Presunción de inocencia: Principio capital contemplado como norma rectora en el artículo 7 del nuevo CPP. Tiene plena vigencia.

9) Oportunidad: Debido a que por mandato constitucional (art. 230 CN) y legal (art.6° del nuevo CPP) los funcionarios judiciales sólo están sometidos al imperio de la constitución y de la ley, no cabe la posibilidad de tomar decisiones judiciales por razones de conveniencia.

Sin embargo, a pesar de que rige el principio de legalidad de la acusación, el Fiscal tiene algún grado de discrecionalidad por la cual en la sentencia anticipada puede pactar sobre la aceptación de los cargos formulados en la resolución de situación jurídica, de conformidad con el artículo 40 del nuevo CPP (Ley 600/2.000).³³

³³ La figura de la Audiencia Especial contemplada en el Decreto 2700/91, adicionado por la Ley 81/93, en su artículo 37-A desapareció en la Ley 600/2.000.

4. EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL NUEVO CODIGO PENAL MILITAR

4.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

4.1.1 Como se dijo anteriormente, la nueva Carta Política en su artículo 250 atribuyó a la Fiscalía General de la Nación la función de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes, separando de esta manera las funciones de investigar y acusar de la de juzgar, característica propia del sistema acusatorio. Así pues, en este artículo el Constituyente introdujo el sistema acusatorio en materia penal en Colombia.

4.1.2 De lo anterior surge claramente que el artículo 250 superior es el fundamento normativo de la adopción de un sistema acusatorio en Colombia.

Sin embargo, el mismo artículo 250 de la Carta exceptúa de la competencia de la Fiscalía General los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, es decir que para los casos de estos delitos no pueden ser los miembros de la Fuerza Pública investigados ni acusados por la Fiscalía General de la Nación.

Dispone además la Carta Magna en su artículo 221 que “De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

4.1.3 Cabe preguntarse ¿Si la Carta Fundamental no impuso el sistema acusatorio en el procedimiento penal militar, por qué el legislador no conservó para esta especial

jurisdicción el sistema inquisitivo?

Básicamente encontramos dos razones, a nuestro juicio, de peso:

- a. El anterior sistema penal inquisitivo definitivamente no garantiza el debido proceso, entendido en los términos de la nueva Constitución Política, propia de un Estado Social de Derecho.
- b. A la luz del derecho a la igualdad, siendo los militares ciudadanos con todos los derechos (salvo las excepciones señaladas por la misma Constitución), no hay razón para negarles las garantías propias del sistema acusatorio en los procesos penales de la jurisdicción castrense.

4.2 FUNCIONARIOS JURISDICCIONALES INTERVINIENTES

Como ya se dijo, en el procedimiento penal castrense intervienen tres funcionarios jurisdiccionales, en su orden el juez de instrucción penal militar, el Fiscal Penal Militar y el Juez de primera instancia.

4.2.1 Labor procesal.

- a. Juez de instrucción penal militar: Funcionario judicial encargado de adelantar la etapa de instrucción. Perfeccionada la investigación, o vencido el término de instrucción, remite el proceso al respectivo Fiscal Penal Militar.³⁴
- b. Fiscal Penal Militar : Cargo creado en la Ley 522/99. Corresponde a este funcionario judicial calificar el mérito del sumario.

³⁴ LEY 522 DE 1.999. Código Penal Militar. Art. 465.-“El término para perfeccionar el sumario será hasta de sesenta (60) días, pero podrá ampliarse hasta ciento ochenta (180) días, cuando fueren más de dos los procesados o los delitos”.

Recibido el proceso, si no hubiere pruebas pendientes, o una vez practicadas, cierra la investigación. Vencidos los términos de ejecutoria y traslado a los sujetos procesales, califica el sumario.

En la etapa de juzgamiento el Fiscal Penal Militar actúa en calidad de sujeto procesal con la función de acusación.

- c. Juez de Primera Instancia: Es el funcionario judicial que dirige la etapa del juicio y profiere sentencia, con base en las pruebas acopiadas en la etapa de instrucción y, particularmente, con base en la acusación formulada por el Fiscal Penal Militar.

4.2.2. Normas de carrera para los funcionarios de la justicia penal militar

- a. Dependencia: Todos los funcionarios de la justicia penal militar dependen directamente del Ministerio de Defensa Nacional. No pertenecen a las Fuerzas ni a las Unidades en las que prestan sus servicios, en acatamiento al principio de independencia y autonomía del juzgador (art. 214 CPM)
- b. Autoridad nominadora : En todos los casos los funcionarios de la justicia penal militar son nombrados por el Gobierno Nacional - Ministerio de Defensa Nacional.
- c. Criterios de selección: A partir de la reorganización de la justicia penal militar (Decretos 1513, 1514 y 1790/2.000) entre los aspirantes que reúnan los requisitos exigidos, se seleccionan mediante concurso público los nuevos funcionarios en los respectivos cargos, excepto para los funcionarios de la segunda instancia (magistrados del Tribunal Superior Militar y Fiscales ante el Tribunal Superior Militar).
- d. Responsabilidad disciplinaria : Para los eventos de faltas en el desempeño del cargo jurisdiccional, son investigados y sancionados por la Procuraduría General de la Nación. Para el evento de faltas ajenas al cargo jurisdiccional dependen

disciplinariamente del Consejo Superior de la Justicia Penal Militar - Dirección Ejecutiva.³⁵

4.2.3. Requisitos para cada cargo. Los requisitos para acceder a los diferentes cargos de la justicia penal militar están consagrados en el Decreto 1790/2.000, así:

a. Juez de instrucción penal militar: Para ocupar este cargo, de conformidad con el artículo 80, se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, gozar de reconocido prestigio profesional y personal y llenar por lo menos uno de los siguientes requisitos:

- Ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo.
- Haber sido oficial o suboficial de la Fuerza Pública, hallarse en situación de retiro temporal con pase a la reserva y tener experiencia profesional no inferior a dos años en el área penal.
- Tener experiencia profesional como abogado en el área penal, no inferior a dos años o un año en la justicia penal militar, o haber desempeñado cargos en la justicia penal militar por un tiempo no inferior a cinco años.

b. Fiscal penal militar ante Juzgados de primera instancia:

1. Requisitos generales:

De conformidad con el artículo 78 del Decreto en mención, para ser Fiscal Penal Militar ante los juzgados de primera instancia se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, gozar de reconocido prestigio profesional y personal.

2. Requisitos especiales :

³⁵ Ver Anexo "A" Organización de la Justicia Penal Militar

a) Ante juzgado de primera instancia de Brigada en el Ejército o su equivalente en la Armada Nacional y en la Fuerza Aérea:

1) Haber sido juez de instrucción penal militar o auditor de guerra por un tiempo no inferior a cinco años o funcionario de la jurisdicción ordinaria, área penal, o ejercido la profesión de abogado en el mismo ramo por igual tiempo.

2) Ostentar grado militar no inferior a Capitán o su equivalente en la Armada Nacional y en la Fuerza Aérea, cuando se trate de oficial en servicio activo.

b) Ante juez de primera instancia de División en el Ejército o su equivalente en la Armada y en la Fuerza Aérea:

1) Haber sido fiscal penal militar o juez de primera instancia o auditor de guerra de Brigada en el Ejército o sus equivalentes en la Armada y en la Fuerza Aérea, por un tiempo no inferior a cinco años o juez de instrucción penal militar por tiempo superior a diez años.

2) Ostentar grado militar no inferior al de Mayor o Capitán de Corbeta, cuando se trate de oficial en servicio activo.

c) Ante juez de primera instancia de Inspección General:

1) Haber sido fiscal penal militar o juez de primera instancia o auditor de guerra de División en el Ejército o sus equivalentes en la Armada y en la Fuerza Aérea, por un tiempo no inferior a cinco años, o juez de instrucción penal militar por tiempo superior a quince años.

c. Juez de Primera Instancia:

1. Requisitos generales:

Para ocupar este cargo, de acuerdo con el artículo 77 del Decreto 790/2.000, se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, gozar de reconocido

prestigio profesional y personal y ser oficial de la fuerza pública en servicio activo o en retiro.³⁶

2. Requisitos especiales:

Son requisitos especiales para ser juez de primera instancia en cada caso los siguientes:

a) Juez de primera instancia de Brigada en el Ejército o sus equivalentes en la Armada y en la Fuerza Aérea:

1) Haber sido juez de instrucción penal militar o auditor de guerra o fiscal penal militar por un tiempo no inferior a cinco años o funcionario de la jurisdicción ordinaria, área penal, o ejercido la profesión de abogado en el mismo ramo, por igual tiempo.

2) Ostentar grado militar no inferior al de Mayor o su equivalente en la Armada y en la Fuerza Aérea, cuando se trate de oficial en servicio activo.

b) Juez de primera instancia de División en el Ejército o sus equivalentes en la Armada Nacional y en la Fuerza Aérea:

1) Haber sido juez de primera instancia o fiscal penal militar, o auditor de guerra de Brigada en el Ejército o sus equivalentes en la Armada y en la Fuerza Aérea, por tiempo no inferior a cinco años o juez de instrucción penal militar por tiempo superior a diez años.

2) Ostentar grado militar no inferior al de Teniente Coronel o su equivalente en la Armada Nacional o en la Fuerza Aérea, cuando se trate de oficial en servicio activo.

c) Juez de primera instancia de Inspección General:

³⁶ La exigencia legal de ser oficial de la fuerza pública, en servicio activo o en retiro, para ser juez de primera instancia se basa en el mandato constitucional del artículo 221 superior que a la letra dice: “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”.

Haber sido nombrado en propiedad Inspector General de las fuerzas Militares, del Ejército Nacional, de la Armada Nacional o de la Fuerza Aérea por autoridad competente. En este caso no se requiere ser abogado titulado.

4.3 VISIÓN SUSCINTA DEL PROCESO PENAL MILITAR ³⁷

En el proceso penal militar, a diferencia del proceso penal común, se presentan tres etapas, a saber: una primera etapa de investigación, a cargo del juez de instrucción penal militar; segunda etapa, de calificación del proceso, a cargo del Fiscal Penal Militar, y la tercera etapa, de juzgamiento, a cargo del Juez de Primera Instancia, funcionario jurisdiccional autónomo, independiente del respectivo comandante de la unidad militar.

4.3.1 Etapa de investigación. Como en todo proceso, esta etapa inicia a partir de la recepción de la Noticia Criminis, de oficio o por querrela (en aquellos casos especialmente previstos en el código).

Aquí el juez de instrucción tiene un término de sesenta (60) días, que puede ampliarse a ciento ochenta (180) días cuando fueren más de dos (2) los procesados o los delitos.

Para definir situación jurídica previamente debe habersele recibido indagatoria al imputado o habersele declarado persona ausente.

La situación jurídica se resuelve en uno de dos sentidos: dictando medida de aseguramiento o absteniéndose de dictarla. Para ello se tienen en cuenta las mismas consideraciones del Código de Procedimiento Penal ordinario, a excepción del caso de los delitos contra el servicio o la disciplina, en los cuales -de conformidad con el artículo 528 del CPM- procede siempre la detención preventiva “cualquiera que sea la sanción privativa de la libertad”.

³⁷ V. Anexo “B” – Esquema del Proceso Penal Militar – Corte Marcial.

Una vez perfeccionada la investigación, o vencido el término de instrucción, el juez de instrucción penal militar remite el proceso al Fiscal Penal Militar.

4.3.2 Etapa de calificación. El Fiscal Penal Militar recibe el proceso, lo estudia y, si encuentra que faltan pruebas por practicar, lo devuelve al funcionario de instrucción para que se practiquen. Si no hubieren pruebas pendientes, o una vez practicadas, cierra la investigación mediante auto de sustanciación contra el cual sólo procede el recurso de reposición.

Ejecutoriada el auto de cierre, ordena traslado por ocho (8) días a los sujetos procesales para que presenten sus solicitudes en relación con la calificación. Vencido este término, el Fiscal Penal Militar califica el mérito del sumario en un plazo máximo de quince (15) días hábiles.

La calificación del mérito del sumario puede hacerse en dos sentidos: profiriendo Resolución de Acusación o disponiendo la cesación del procedimiento.

La Resolución de Acusación tiene aquí prácticamente los mismos requisitos sustanciales y los mismos efectos que la Resolución de Acusación en el procedimiento penal ordinario.

Cuando no se dan los requisitos sustanciales para acusar, el Fiscal Penal Militar dicta Cesación de Procedimiento que es, en este caso, el equivalente a la Resolución de Preclusión de la Investigación que dicta el Fiscal en el proceso ordinario.

4.3.3 Etapa de Juicio:

- a. Corte Marcial. Como se mencionó anteriormente la Corte Marcial es el sistema normal de juzgamiento de los injustos de competencia de la justicia castrense.

Ejecutoriada la resolución de acusación y recibido el proceso por el juez de conocimiento, éste procede a realizar un “control de legalidad” para establecer si existen causales de

nulidad. A partir de este momento, el Fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal.³⁸

Si no existe causal de nulidad, o una vez repuesta la actuación viciada, se decreta la iniciación del juicio, corriendo traslado común a los sujetos procesales por tres días para solicitar pruebas, las que se practicarán en un término máximo de quince (15) días hábiles, o en la audiencia.

A continuación se fija fecha y hora para la audiencia (máximo para diez (10) días después).

La Corte Marcial propiamente está integrada por el Juez de Primera Instancia, que la preside, y un Secretario (recuérdese que ya no existen los vocales).

Todas las sesiones son públicas y todo el procedimiento de la Corte Marcial es oral (sólo se consignarán por escrito la sentencia y el acta).

Declarada formalmente iniciada la audiencia por el Presidente, se hará comparecer a los procesados presentes y se dará lectura a la resolución de acusación. Acto seguido se designarán los defensores por parte de los procesados, o se les nombrarán de oficio a quienes no lo hicieren.³⁹ A continuación se dará lectura al proceso (o a las piezas del mismo que señalen las partes) y enseguida tendrán lugar los interrogatorios a testigos y procesados por parte del Presidente, el Fiscal, el agente del Ministerio Público, el representante de la parte civil y los Defensores, en su orden.

³⁸ CPM art. 563. “Control de legalidad y apertura del juicio a pruebas. Recibido el proceso por el juez de conocimiento por ejecutoria de la Resolución de acusación, procederá a realizar un control de legalidad para establecer si existen o no causales de nulidad...”

³⁹ En el proceso penal militar –al igual que en el proceso penal ordinario- la defensa, como derecho fundamental de rango constitucional, surge o inicia desde el momento en que se inicia la acción penal. Por ello, desde la misma versión del imputado (cuando hay indagación preliminar), éste debe estar asistido de su defensor y asimismo para todas las diligencias del proceso. Como “formalidad ritual”, cuando se declara iniciada la audiencia en la Corte Marcial, los procesados designan a sus defensores (que serán, generalmente, los mismos que los han asistido durante la instrucción). Si algún procesado no cuenta con defensor, se le nombrará uno de oficio para que lo asista hasta el fin del proceso.

Cumplido lo anterior, previa suspensión de la sesión y traslado del expediente a los sujetos procesales por tres horas a cada uno (renunciables), al reanudarse la sesión, el Presidente concederá la palabra por una sola vez, en su orden, al Fiscal, al agente del Ministerio Público, al representante de la parte civil que así lo solicite y a los Defensores. También a los procesados si lo solicitan.

La audiencia se suspende y dentro de los ocho (8) días siguientes se reanuda para la lectura y notificación de la sentencia.

b. Procedimiento Especial

- El Procedimiento Especial se emplea para juzgar los delitos contra el servicio (el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, la deserción, el delito del centinela, la libertad indebida de prisioneros de guerra y la omisión en el abastecimiento), la fuga de presos, el uso indebido de uniformes e insignias de la Fuerza Pública y los contemplados en el Título Octavo del Libro Segundo del Código, denominados OTROS DELITOS (que correspondían a algunas contravenciones especiales contempladas en la Ley 23/91).

- Se trata de un procedimiento breve y sumario en el cual, una vez perfeccionada la investigación por el Juez de Instrucción, el Juez de primera instancia declara la iniciación del juicio, dando traslado a las partes por dos (2) días para que soliciten las pruebas que estimen pertinentes, las cuales se practicarán en un término de cinco (5) días.

Vencido este término, se corre traslado del expediente al Ministerio Público para concepto por cinco días y al Defensor por igual término.

El fallo se pronuncia dentro de los cinco días siguientes.

En este procedimiento no interviene el Fiscal Penal Militar, ya que el mismo Juez de instrucción cierra la investigación y remite el proceso al Juez de primera instancia.

En cuanto a las razones que tuvo el legislador para señalar este procedimiento especial consideramos que en el caso de los delitos contra el servicio, de la fuga de presos y el uso indebido de uniformes e insignias de la Fuerza Pública la razón es que se trata de tipos penales expresamente creados para la preservación de la disciplina castrense.⁴⁰

En el caso de los denominados “Otros Delitos” del Título VIII del Libro Segundo, la Comisión de Reforma del Código los introdujo con el obvio propósito de que la justicia penal militar conociera estos tipos penales (considerados como contravenciones en el anterior CPP) cuando ellos tuvieran lugar en relación con el servicio.⁴¹

4.4 EL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO

4.4.1 Oralidad. El principio de la oralidad se cumple formalmente en el juzgamiento por medio de Corte Marcial. El artículo 575 del Código Penal Militar señala “Oralidad. Todo el procedimiento de la Corte Marcial es oral y sólo deben quedar por escrito el acta, y la respectiva sentencia; se agregarán los documentos que sean conducentes y las síntesis de las alegaciones que presenten las partes”.

⁴⁰ Sobre este punto vale la pena recordar que la justicia penal militar en su origen primigenio era simplemente un medio o instrumento de disciplina a disposición de los comandantes y, en principio, el sistema penal castrense era de *responsabilidad objetiva*. Sin que podamos decir que hoy se conserva ésta en el código castrense, sí nos parece ver en la figura del procedimiento especial un rezago del antiguo sistema de responsabilidad objetiva.

Por tratarse de delitos típicamente militares, cuya definición y manejo siempre han sido patrimonio de la justicia castrense, el legislador no los ha tocado en su estructura sustancial ni en los trámites de su investigación y juzgamiento.

⁴¹ En sentencia C-361/2.001 la H. Corte Constitucional se pronunció entre otros temas, sobre la exequibilidad del Título VIII del Libro Segundo del CPM –OTROS DELITOS- en el cual se contemplan como delitos algunos hechos punibles que en ese momento eran contravenciones en la justicia ordinaria (tales como la violación de habitación ajena, lesiones personales dolosas –hasta 30 días de incapacidad-, lesiones preterintencionales y culposas, hurto simple, hurto de uso, estafa, emisión y transferencia ilegal de cheques y daño en bien ajeno). El actor de la demanda consideró inconstitucional la consagración de estos hechos punibles como delitos en el CPM por ser violatoria del derecho a la igualdad, ya que estas mismas conductas se juzgaban al momento de la demanda como contravenciones en la jurisdicción penal ordinaria.

La Corte Constitucional consideró que no se viola el derecho a la igualdad por cuanto las conductas, aparentemente iguales, no lo son, ya que aquí se trata de sujetos calificados (militares en servicio activo), en circunstancias calificadas (en relación con el servicio), por lo cual el legislador no violó la Carta superior al consagrarlos aquí como delitos, en vez de contravenciones.

Por las mismas razones expuestas al tratar sobre el “Sistema Acusatorio Especial de Colombia”, en el procedimiento penal militar la nota de oralidad difiere de la oralidad en el sistema acusatorio puro de corte anglosajón, en el cual las partes se traban en debate probatorio, mediante la puesta en escena de recursos que rayan en lo teatral, ante un jurado (vocales o jueces de hecho) con el fin de convencerlo.

Aquí no se requiere volver a probar en la Audiencia (no existe el principio de concentración) y, como hoy en día ya no existen los oficiales vocales (jueces de hecho) en la Corte Marcial, el tono de la oralidad es menor, se ha reducido porque el juez sólo puede fallar en derecho, con estricta sujeción a la norma legal.

4.4.2 Publicidad. Al igual que en el proceso penal norteamericano y en el proceso penal común colombiano, en el proceso penal militar impera el principio de la publicidad, consagrado como norma rectora en el artículo 202 del Código Penal Militar “Los procesos penales militares serán públicos, salvo lo previsto sobre la reserva sumarial”.

4.4.3 Contradicción. Tiene plena vigencia en el proceso penal castrense aunque no esté consagrado con ese nombre. El artículo 216 del Código Penal Militar consagra como norma rectora la “Real intervención en el proceso”, por la cual los sujetos procesales “tendrán derecho a controvertir los medios probatorios, a impugnar las decisiones y a realizar las demás actuaciones que en desarrollo de este principio autoriza la ley” (el subrayado es nuestro), texto del cual se puede inferir –sin lugar a dudas- que el principio de contradicción ilumina todo el proceso penal militar.

4.4.4 Celeridad. Es tan evidente la aplicación de este principio en la investigación y juzgamiento de los delitos de conocimiento de los jueces castrenses, que casi sobraría explicarlo. Basta mencionar que mientras el término para la etapa de instrucción en el Código de Procedimiento Penal (art. 329) tiene un máximo de dieciocho (18) meses (cuando se trate de menos de tres (3) sindicados o delitos), en la justicia penal militar el término para perfeccionar el sumario será máximo de sesenta (60) días) (art. 465 CPM). Asimismo, en los delitos que se juzgan por Corte Marcial, efectuado el control de legalidad

por parte del juez de primera instancia, salvo algunos casos de excepción, la Audiencia deberá iniciarse en un término de veintiocho (28) días hábiles (art. 563 CPM), discriminados así: traslado común a las partes: 3 días; práctica de pruebas: 15 días hábiles; término para iniciar Audiencia: 10 días hábiles.

4.4.5 Inmediación. El principio de inmediación en el procedimiento penal castrense debe mirarse con beneficio de inventario: es claro que el juez de instrucción penal militar debe dirigir y conducir personalmente las diligencias y la práctica de pruebas en la etapa de investigación. Sin embargo, en la tercera etapa del proceso, etapa del juicio, aunque se pueden solicitar pruebas y practicarse dentro y fuera de la audiencia, no se exige en ningún momento que las pruebas acopiadas en la primera etapa deban llevarse nuevamente ante el juzgador porque las pruebas recogidas por el instructor tienen total credibilidad, como que gozan de la presunción de legalidad.

4.4.6 Concentración. Por las mismas razones expuestas en el numeral anterior al tratar sobre el principio de la inmediación, podemos decir que la concentración no es un principio del procedimiento penal militar. No se requiere que las pruebas acopiadas por el funcionario instructor sean presentadas nuevamente ante el juez por parte del Fiscal Penal Militar para que se consideren existentes y válidas.

4.4.7 Identidad del juzgador. Podemos afirmar que es un principio vigente en el proceso castrense, ya que los jueces en la organización de la justicia penal militar son funcionarios judiciales nombrados por Decreto y sólo actúan en la jurisdicción de su competencia. Asimismo, los jueces de instancia en ningún momento participan en la fase de investigación.

4.4.8 Presunción de inocencia. El principio de la presunción de inocencia, proclamado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, tiene plena vigencia en el procedimiento penal militar, de manera que el artículo 197 del código castrense lo consagra expresamente al decir que “Toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad”.

Como se ha reseñado anteriormente, la presunción de inocencia está íntimamente anclada en el debido proceso, el derecho a la defensa y el reconocimiento a la libertad, principios y derechos que constituyen normas rectoras del procedimiento penal militar consagradas en el Código Penal Militar, Libro Tercero, Título Primero, artículo 196 “Debido proceso y defensa técnica” y artículo 199 “Reconocimiento de la libertad”.

4.4.9 Oportunidad. En general, puede decirse que en el procedimiento penal militar no opera el principio de la oportunidad –propio de un sistema acusatorio puro- por cuanto los funcionarios judiciales en Colombia, por mandato del artículo 230 de la Carta Fundamental, “sólo están sometidos al imperio de la ley”, de manera que en los procesos castrenses el juez de instrucción penal militar no puede cesar procedimiento sino por causas establecidas en el respectivo código; asimismo, el Fiscal Penal Militar al calificar la instrucción no puede tomar en cuenta consideraciones políticas o de conveniencia, ya que tiene que hacer su calificación de acuerdo con la ley. Por ello, el artículo 201 del estatuto castrense, concordante con el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 6° del Código de Procedimiento Penal, prescribe “Imperio de la ley. Los funcionarios judiciales en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Puede decirse que este principio de legalidad, que excluye al de oportunidad en la acusación (y en los actos del juez) es más restrictivo aquí que en el proceso penal ordinario, porque mientras en este último cabe la figura de la Sentencia Anticipada (art.40 del nuevo CPP), en la justicia penal militar no tiene aplicación.⁴²

⁴² Supra. Nota de pie de página No. 28.

5. COMPARACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y EN LA PENAL MILITAR

5.1 NORMAS RECTORAS EN LOS DOS ORDENAMIENTOS

Las normas rectoras del procedimiento penal militar se concordaron con las del feneciente Código de Procedimiento Penal ordinario (Decreto 2700/91).

Debido a ello, se entiende que al comparar las normas rectoras del Código Penal Militar con las del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600/2.000) se encuentra que numerosos principios del procedimiento ordinario están ausentes en la norma castrense y viceversa.

5.1.1 Normas rectoras del Procedimiento penal ordinario no contempladas en el Código Penal Militar:

a) Legalidad: Señalada en el artículo 6 de la Ley 600/2.000, no aparece en el Código Penal Militar (Ley 522/1.999). Sus prescripciones corresponden a las del “Debido proceso y defensa técnica” del artículo 196 del código castrense y al principio de favorabilidad no contemplado en ninguna de las dos leyes, aunque de aplicación irrestricta en ambos ordenamientos por ser norma constitucional y estar contemplada en el Código Penal (Ley 599/2.000)

b) Defensa: Artículo 8 del nuevo CPP. Es tratado en el principio del “Debido proceso y defensa técnica”, aunque no es idéntico en su contenido.

c) Actuación procesal: Artículo 9 del nuevo CPP. Según esta norma, la actuación procesal debe tener en cuenta “los derechos fundamentales de los sujetos procesales” y buscar “la

eficacia de la administración de justicia”.

d) Acceso a la administración de justicia: Artículo 10 del nuevo CPP. “El Estado garantizará a todas las personas el acceso efectivo a la administración de justicia en los términos del debido proceso”.

e) Juez natural: Artículo 11 del nuevo CPP. “Nadie podrá ser juzgado sino por juez o tribunal competente preexistente al acto que se imputa”.

Este principio no está establecido como norma autónoma en el Código Penal Militar, pero el mismo concepto se encuentra en el primer inciso del artículo 196 sobre “Debido Proceso”: “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 las formas propias de cada juicio” (subraya nuestra).

f) Autonomía e independencia judicial: Artículo 12 del nuevo CPP. “Las decisiones judiciales proferidas dentro del proceso penal serán la expresión del ejercicio de la función constitucional de administrar justicia. Los funcionarios judiciales serán independientes y autónomos. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.

A pesar de no estar contemplada en el CPM, ésta norma tiene plena aplicación por cuanto la justicia penal militar se rige en todas sus actuaciones por los parámetros del poder judicial.

g) Celeridad y eficiencia: Artículo 15 del nuevo CPP. “Toda actuación se surtirá pronta y cumplidamente sin dilaciones injustificadas. Los términos procesales son perentorios y de estricto cumplimiento. El funcionario judicial está en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales”.

El Código Penal Militar –que es ejemplo de celeridad- no contempla la celeridad como norma rectora del procedimiento castrense.

Con respecto a la obligación de corregir los actos irregulares, dicha obligación está consagrada como norma rectora en el artículo 205 CPM “Corrección de actos irregulares”.

h) Investigación integral: Artículo 20 del nuevo CPP. “El funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado y de los demás intervinientes en el proceso”.

En el CPM no figura como norma rectora la “Investigación integral”. Aparece norma de igual denominación en el artículo 469 CPM, Libro Tercero, Título VIII, Capítulo III, Investigación de los hechos, artículo que reza: “El juez debe investigar con igual esmero no sólo los hechos y circunstancias que establezcan la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la atenúen y las que puedan dar lugar a la extinción o cesación de la acción”.

5.1.2 Normas rectoras del procedimiento penal militar que no aparecen en el nuevo Código de Procedimiento Penal

a) Principio de imparcialidad que debe guiar en todo momento las actuaciones de los funcionarios judiciales, consagrado en el artículo 211 del CPM, no se consagra como tal en el Código de Procedimiento Penal.

b) La oficiosidad, principio que domina todo el procedimiento penal colombiano, tanto ordinario como castrense, se consagra expresamente en el artículo 213 del CPM, a diferencia del código procesal ordinario.

c) Independencia y autonomía del juzgador: Consagrada en el artículo 214 del CPM: “Los miembros de la Fuerza Pública en ningún caso podrán ejercer coetáneamente las funciones de comando con las de investigación, acusación y juzgamiento”.

Una razón de peso por la cual el legislador incluyó este principio en la norma especial castrense es que hasta la entrada en vigencia del nuevo código militar, el 12 de agosto de 2.000, dentro de la Fuerza Pública colombiana los comandantes de unidades de cierto nivel (Unidades Tácticas en el ejército) y superiores ostentaban, al tiempo con sus funciones de mando, la condición de jueces penales militares de primera instancia para el conocimiento de los delitos cometidos por el personal de su unidad.

Al estudiarse la reforma del Código Penal militar a la luz de la nueva Constitución se analizó que al tener los comandantes la condición de jueces fácilmente estarían actuando en los litigios como juez y parte. Por ello un criterio básico del gobierno en la elaboración del proyecto legislativo fue separar la función de administrar justicia de las funciones de comando.

Además de privar a los comandantes de atribuciones judiciales, el Gobierno Nacional, mediante decretos 1513 y 1514 de 2.000, modificó la organización de la justicia penal militar, creando los cargos de Jueces de Instrucción Penal Militar, Fiscales Penales Militares y Juzgados Militares de Brigada y de División (Jueces de Primera Instancia) independientes de los Comandos de las Unidades en las que desempeñan su función jurisdiccional. Además, está en trámite la aprobación de una adición a la ley estatutaria de la justicia, correspondiente a la organización administrativa de la justicia penal militar.

En resumen, los funcionarios de la justicia penal militar dejaron de depender de los Comandantes de las Unidades y éstos últimos perdieron sus atribuciones e ingerencia en la administración de justicia.

d) Jerarquía: consagrado en el artículo 215 del código castrense, reza textualmente: “Ningún miembro de la Fuerza Pública podrá juzgar a un superior en grado o antigüedad”.

Esta norma rectora, que sería totalmente exótica en un código procesal común, tiene sólidos fundamentos y razones en el campo de la justicia penal castrense. Como es bien sabido, los ejércitos y, en general, los cuerpos militares de los diferentes Estados basan su organización

y funcionamiento en un concepto estricto de disciplina. Por ello, prácticamente en todas las fuerzas militares del mundo rige el concepto de la obediencia debida. Inclusive en nuestro país la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, confirmando y respaldando la vigencia de la obediencia debida dentro de la Fuerza Pública.⁴³

Esta es la razón de la norma rectora que analizamos, ya que si dentro del estamento castrense se permitiera el juzgamiento de militares por parte de subalternos se estaría propiciando una grave desmoralización en el cuerpo de oficiales, lesiva a los intereses de la nación entera. Por otra parte, en el evento de que un militar se viera abocado a juzgar a un superior en grado o antigüedad, difícilmente podría esperarse de aquel juzgador el ánimo desprevenido e imparcial necesario en quien desempeña la difícil tarea de administrar justicia.

e) Unidad procesal: Contemplada en el artículo 217 CPM, prescribe: “Por cada hecho punible se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales. Los hechos punibles conexos, de competencia de la justicia penal militar, se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte los derechos y garantías fundamentales. Cuando en la comisión del hecho punible intervenga una persona que deba ser juzgada por una jurisdicción diversa de la penal militar, se romperá la unidad procesal”.

Esta norma tiene un fundamento lógico y es que siendo la penal militar una jurisdicción especial (excepcional) pueden presentarse concursos de hechos punibles donde algunos tipos sean de competencia de la justicia penal militar y otros de la ordinaria. De manera análoga, puede presentarse injustos en los que intervengan como coautores militares y civiles, caso en el cual estos últimos serán juzgados por la jurisdicción ordinaria, mientras que los militares –si se trata de delito cometido en relación con el servicio- serán juzgados por la justicia castrense.

⁴³ V. Sentencia C-578/95, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5.1.3 Otras observaciones:

a) El principio de “remisión”, del artículo 23 del nuevo CPP, en su significado es igual al principio de “integración”, contemplado en el artículo 18 del CPM, Parte General, principio que tiene plena aplicación tanto para la parte sustantiva del Código como para el procedimiento.

En resumen, quiere decir que en los Códigos de la jurisdicción penal, tanto sustantivos como procesales, en las materias que no estén expresamente reguladas, pueden aplicarse las normas del ordenamiento civil y otros, siempre que no se opongan al ordenamiento penal.

5.2 LOS SUJETOS PROCESALES

5.2.1. El Fiscal en el procedimiento penal ordinario y el Fiscal en el procedimiento penal militar

a. El Fiscal en el procedimiento penal ordinario: De acuerdo con el artículo 112 y siguientes del nuevo Código de Procedimiento Penal, en la jurisdicción ordinaria el Fiscal General de la Nación, o sus delegados antes los jueces de todos los niveles, cumplen la función de investigar , calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, los delitos ante el respectivo juez.

Una vez ejecutoriada la providencia de cierre de la investigación, previo traslado a los sujetos procesales, el Fiscal califica el sumario profiriendo resolución de acusación o resolución de preclusión de la instrucción. En caso de proferirse resolución de acusación, a partir de la ejecutoria de la misma, el Fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación. Las estadísticas demuestran que un alto porcentaje de procesos con resolución de acusación al pasar a manos del juez son anulados en el control de legalidad.

Ello se debe a que en la labor investigativa –labor que en estricto sentido es más policiva que judicial- el Fiscal y sus auxiliares de policía judicial formulan hipótesis que marcan el derrotero de su actuación y concentran su esfuerzo en demostrar el acierto de tal hipótesis; de la misma manera, la resolución de acusación se basa en la hipótesis y procura confirmarla, en ocasiones sin soportes suficientes. El esfuerzo de demostración de la hipótesis lleva al Fiscal a incurrir en fallas que vician el procedimiento, viniendo a caerse lo actuado al surtirse el control de legalidad.

Es por ello que en la actualidad se escuchan insistentes voces que proponen suprimir las facultades judiciales a la Fiscalía General de la Nación, sometiendo todas las decisiones que profiera al control de legalidad previo por parte del juez.⁴⁴

b. El Fiscal Penal Militar: El Fiscal Penal Militar es un funcionario judicial de la jurisdicción penal militar, encargado exclusivamente de la calificación del sumario, como señalamos anteriormente. Este funcionario no pertenece a la Fiscalía General de la Nación, porque los injustos “cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio” están excluidos de la competencia de la Fiscalía General de la Nación, por expreso mandato del artículo 250 de la Constitución Nacional.⁴⁵

Con ocasión del nuevo sistema instaurado por la Ley 522 de 1.999, para su cumplimiento fue necesario reestructurar la organización de la justicia penal militar creando los cargos de Fiscales Penales Militares, ajenos totalmente a la Fiscalía General de la Nación.

Al recibir el proceso para calificación, el Fiscal Penal Militar ha sido ajeno a la recolección de pruebas. Como no ha intervenido en la investigación no está condicionado a hipótesis investigativas de ninguna índole. Puede, entonces, calificar el mérito del sumario con el

⁴⁴ Cfr. Supra lo expuesto sobre las características del sistema penal colombiano.

⁴⁵ Sobre el particular, la H. Corte Constitucional ha ratificado en su sentencia C-361 de 2.001, que los Fiscales Penales Militares no pertenecen a la Fiscalía General de la Nación, porque, en primer lugar, el artículo 250 superior los excluye tácitamente y, en segundo lugar, porque los Fiscales Penales Militares, como miembros de la justicia penal militar, no pertenecen a la rama judicial, a la cual pertenece la Fiscalía General de la Nación.

ánimo sereno e imparcial que mal podría exigírsele a quien ha perseguido al procesado a lo largo de la investigación.

5.2.2 Ministerio Público. La presencia del Ministerio Público dentro del proceso penal, ordinario o militar, tiene su fundamento en el artículo 277 de la Constitución, numeral 7, el cual enuncia dentro de las funciones del procurador general “Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”. Por ello, el Ministerio Público, ejercido por el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, es sujeto procesal tanto en el proceso penal ordinario como en el penal militar. Es así como el legislador estableció en el artículo 122 de la ley 600/2.000, nuevo Código de Procedimiento Penal, que el Ministerio Público “podrá intervenir en todas las etapas de la actuación, con plenas facultades de sujeto procesal” (subrayas nuestras) y en el artículo 125 de la misma norma contempla las funciones especiales del Ministerio Público como sujeto procesal en el proceso ordinario, mientras que el Código Penal Militar en su artículo 290 enuncia las funciones especiales del Ministerio Público como sujeto procesal dentro de la organización de la justicia penal militar.

En la lectura de las funciones en los dos ordenamientos encontramos como observación resaltante que en la norma castrense se encuentran señaladas tres funciones que no aparecen en la norma procesal ordinaria:

- ART. 290. 4 CPM : “Intervenir en todos los juzgamientos que se realicen en el proceso Penal Militar, para solicitar la absolución o la condena de los procesados, según sea el caso”. (El subrayado es nuestro).

Al entrar en vigencia el nuevo CPP –Ley 600/2.000-, de acuerdo con su artículo 125, el Ministerio Público deberá “intervenir en la audiencia pública para coadyuvar la acusación formulada o solicitar sentencia absolutoria en los casos en que el procesado esté **amparado por fuero constitucional** (negrillas nuestras), en los que se relacionen con asuntos de

interés público y en aquellos en que hubiera actuado como querellante o ejercido la petición especial”.

Con la norma del nuevo Código podemos decir que han quedado concordantes los dos ordenamientos, en cuanto el ordinario ordena al Procurador intervenir en todos los casos en que el procesado esté amparado por fuero constitucional, que es exactamente el caso de los procesados por la justicia castrense.

Estamos seguros de que esta intervención obligatoria de la Procuraduría en los procesos penales militares no puede ser una molestia para los operadores de la justicia castrense por cuanto significa un mayor control de legalidad y eficiencia. Sin embargo, encontramos justificadas las opiniones de connotados juristas de la rama penal militar que consideran que el hecho de que tal intervención sea opcional en la mayoría de procesos de la jurisdicción ordinaria y sea obligatoria en todos los procesos castrenses es un claro signo de desconfianza del legislador hacia la justicia penal militar.

- ART. 290. 6 CPM : “Controlar que se cumpla en todo momento con el principio general según el cual debe existir separación entre jurisdicción y comando para jueces”.

Sobre esta función del Ministerio Público vale la pena hacer una precisión: aunque pudiera parecer innecesaria o redundante la preocupación por el cumplimiento del principio de independencia e imparcialidad del juzgador, la verdad es que, en nuestro concepto, se justifica tal control por parte de la Procuraduría porque –tal como se explicó previamente– desde los comienzos históricos de nuestra fuerza pública, a semejanza de la gran mayoría de los ejércitos en esa época, las funciones de jueces castrenses de instancia estuvieron en cabeza de los mismos comandantes tácticos y sólo hasta ahora, con la entrada en vigencia de la Ley 522 /99, se han separado tales funciones, por lo cual es de esperarse que surjan algunos inconvenientes e interferencias indebidas porque se trata ni más ni menos que de un cambio de cultura dentro del estamento castrense, cambio que requerirá de algún tiempo para su completa comprensión y asimilación.

- ART. 290. 7 CPM: “Velar por la debida garantía, a las víctimas, de su derecho de real acceso a la justicia”.

El señalamiento expreso de esta función del Ministerio Público dentro del proceso castrense es concordante con el criterio gubernamental de incluir a la Parte Civil dentro del procedimiento penal militar, concomitante con lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia T-275/94 sobre el acceso a la justicia para víctimas y perjudicados.

Aunque esta función no está expresamente señalada en el nuevo CPP, lo cierto es que en la jurisdicción ordinaria también se cumple por parte del Ministerio Público al actuar dentro del proceso “en defensa del orden jurídico... y de los derechos y garantías fundamentales” (Art. 122 nuevo CPP), y especialmente porque, de acuerdo con el artículo 45 del código procedimental ordinario, el Ministerio Público puede constituirse en Parte Civil para obtener “el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible”.

5.2.3. El sindicado y el procesado. El Código de Procedimiento Penal denomina imputado “a quien se atribuya participación en el hecho punible” y sindicado al imputado que ha sido vinculado mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente (art. 126 del nuevo CPP). El CPM no habla de sindicado sino de procesado, aunque se trata exactamente del mismo sujeto procesal (art. 293 CPM).

5.2.4. El Defensor. Básicamente la figura del Defensor es idéntica en ambos ordenamientos penales.

Para desempeñarse como defensor, tanto en el procedimiento penal ordinario como en el militar, se requiere ser abogado titulado. Las formalidades para el nombramiento del defensor son las mismas en ambos ordenamientos, así como la posibilidad de que el procesado sea asistido por la defensoría pública o por un abogado de oficio. El régimen de incompatibilidades en ambos códigos es idéntico, así como las facultades y posibilidades de

actuación dentro de los procesos. Además, el régimen de Defensa de oficio en la justicia penal militar es exactamente igual al de la jurisdicción penal ordinaria.⁴⁶

El CPM contempla en el artículo 304 la posibilidad de presentación de pruebas por parte del defensor en los procesos de la justicia castrense. Sin embargo, aunque en el CPP no se contempla expresamente dicha facultad del defensor, tiene también cabal aplicación.

5.2.5. Parte Civil

a. En el proceso penal ordinario: De conformidad con el artículo 45 del nuevo CPP (Ley 600/2.000) la acción civil –individual o popular- tiene por objeto “el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible” y puede ejercerse “ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal”.

Son titulares de la acción civil individual las víctimas o perjudicados (personas naturales o jurídicas) por el delito, o sus herederos o sucesores.

En el artículo 137 del mismo Código se señalan como finalidades de la constitución en parte civil “obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible” .

En resumen, podemos decir que la acción civil por los daños ocasionados por el hecho punible puede ejercerse dentro del mismo proceso penal, mediante la constitución en parte civil, o por separado, acudiendo ante el juez civil. En ningún caso puede intentarse en ambas jurisdicciones.

Es claro, por otra parte, que en los procesos penales ordinarios las víctimas o perjudicados

⁴⁶ La defensa de oficio en el proceso penal militar tiene el mismo funcionamiento del proceso ordinario. Sin embargo, en la Justicia penal Militar nunca pueden intervenir como apoderados de oficio los alumnos de Derecho miembros de los Consultorios Jurídicos ni los egresados con licencia temporal de abogados porque el cargo más bajo de la Organización de la Justicia Penal Militar que es el de Juez de Instrucción Penal Militar tiene categoría de Juez Penal del Circuito.

que se constituyen en parte civil lo hacen casi exclusivamente con una finalidad resarcitoria, indemnizatoria, de contenido económico, aunque su participación también les permite tener un control y contacto permanente con el proceso.

b. En el proceso penal militar: La naturaleza y finalidad de la acción civil en el proceso penal militar es sustancialmente diferente a la misma institución dentro del ordenamiento penal general.

Como señalábamos anteriormente, las pretensiones de la parte civil en el proceso penal ordinario son casi exclusivamente de tipo económico. En el proceso penal militar se ha incluido la parte civil con un objeto diferente.

En el proyecto de ley inicial puesto a consideración de las comisiones en el Congreso para la reforma del CPM se contemplaba dentro de los sujetos procesales la figura de la parte civil con finalidades idénticas a la parte civil en el CPP. Sin embargo, a través de los debates de las comisiones unificadas, asesoradas por la comisión de reforma del código – conformada por prestigiosos penalistas civiles y representantes de la justicia penal militar – se tuvo en cuenta que para obtener sus propósitos de indemnización las víctimas y perjudicados por los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio cuentan con la posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa, ya que en tratándose de delitos cometidos por militares en servicio activo en relación con el mismo servicio, ab initio se compromete la responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus servidores.

Así pues, contando los perjudicados por el injusto castrense con un mecanismo de indemnización idóneo como lo han constituido históricamente las acciones contencioso-administrativas, no se justificaba intentar el resarcimiento patrimonial por la vía de la acción civil dentro del proceso penal, lo cual habría redundado en conflictos de competencia y en complicaciones de tipo procesal totalmente innecesarias.

En nuestro concepto, no había razón alguna para adoptar la Parte Civil en el proceso penal

militar con las mismas finalidades de la Parte Civil en el proceso ordinario, por las siguientes razones:

- En los casos de delitos de competencia de la justicia penal militar, para efectos de indemnización de años y perjuicios, estamos siempre ante eventos de Responsabilidad del Estado, porque de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Para ello la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa.

- Si la víctima del delito castrense se constituyera en parte civil para pretender el resarcimiento patrimonial, al perseguir el patrimonio del delincuente militar no tiene garantías de una efectiva reparación. No tendría sentido enfrascarse en esta acción contando con la vía contencioso-administrativa para buscar la reparación por parte del Estado.

- Si el perjudicado escogiera la vía civil para lograr la indemnización, se encontraría con el mismo inconveniente anotado, ya que la efectiva reparación dependería de la capacidad patrimonial del delincuente militar (convertido aquí en demandado civil) y si el Estado es llamado en garantía no va a responder, porque el Estado no responde ante la jurisdicción civil. Nuevamente se tendrá que acudir directamente a la acción contencioso-administrativa.

Por las razones expuestas, en los debates del legislativo se adoptó la Parte Civil con características diferentes a la del procedimiento penal ordinario. Por ello, de acuerdo con el artículo 305 del nuevo CPM “La constitución de Parte Civil en el proceso penal militar tiene por objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos” (subrayas nuestras), y en el art. 309 se faculta a la parte civil “para solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho punible, la identidad de los autores o partícipes, y su responsabilidad”. Así mismo podrá “interponer recursos contra las providencias que resuelvan sobre las materias de que trata” el mismo artículo.

Puede decirse que el Legislador, acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al incorporar como sujeto procesal en el ámbito castrense a la Parte Civil, privilegió el derecho de acceso a la justicia por parte de las víctimas y perjudicados, materializado en el acceso al expediente y en las facultades otorgadas en el artículo 309 del CPM.

5.2.6 El tercero incidental y el tercero civilmente responsable. Como quiera que el interés del Tercero Incidental dentro de un proceso penal es de tipo económico y el Tercero Civilmente Responsable –sin haber participado en el hecho punible- tiene una obligación de indemnizar perjuicios (también económica) estos dos sujetos procesales, plenamente aceptados en el procedimiento penal común no tienen cabida en el procedimiento penal militar.

Ello es así por cuanto el Estado goza del “privilegio de jurisdicción” por el cual no debe comparecer como demandado en proceso civil ni como tercero civilmente responsable en proceso penal, ya que su responsabilidad se debate ante la jurisdicción contencioso – administrativa.

Por las mismas razones anotadas al tratar sobre la Parte Civil, es claro que si un tercero resulta afectado patrimonialmente por un delito cometido por militar en servicio activo y en relación con el mismo servicio, dicho tercero (tercero incidental) no puede intervenir en el proceso penal militar. Para hacer valer su interés patrimonial cuenta con las vías gubernativa y contencioso-administrativa.

5.3 LOS RECURSOS

5.3.1 Recursos ordinarios. Son prácticamente idénticos en ambos ordenamientos. El nuevo Código de Procedimiento Penal en su artículo 185 enuncia los recursos procedentes contra las providencias proferidas dentro del proceso, los cuales son: reposición, apelación y queja. El Código Penal Militar, artículos 353 al 366, contempla como recursos ordinarios para el procedimiento penal militar los recursos de reposición, de apelación y de hecho, por

lo que puede decirse que son los mismos.⁴⁷

5.3.2 Recurso extraordinario de casación: Podemos afirmar que el recurso extraordinario de casación –contra sentencias de segunda instancia- operaba en forma idéntica en el Código Penal Militar (art. 368) y en el feneciente Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700/9, modificado por la Ley 81/93), artículos 218 a 231.

Con ocasión de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, y ya desde antes, con ocasión de la Ley 553/2.000, se introdujeron varias reformas al recurso extraordinario de casación, reformas que en su parte esencial fueron declaradas inexecutable, mediante sentencia C-252/2.001, por la H. Corte Constitucional.⁴⁸

⁴⁷ El recurso de queja contemplado en la Ley 600/2.000 es materialmente idéntico (en su finalidad, en su trámite y en sus términos) al llamado recurso “de hecho” contemplado en el artículo 207 del Decreto 2700/91. La diferencia es, pues, simplemente semántica y se debe a que el nuevo Código Penal Militar (Ley 522/1.999) se tramitó en el Congreso y se aprobó con anterioridad al nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600/2.000).

⁴⁸ La casación se estableció como un recurso extraordinario que se surte ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, procedente contra sentencias de segunda instancia para delitos que tuvieran señalada pena cuyo máximo fuera de seis años o más, con las finalidades de asegurar el derecho material y las garantías debidas a las personas intervinientes en el proceso penal, la reparación de los agravios inferidos por la sentencia y la unificación de la jurisprudencia. Puede decirse que se trataba de una demanda contra la sentencia de segunda instancia.

Mediante la Ley 553/2.000 se introdujeron reformas a la casación, modificando el articulado correspondiente en el antiguo CPP (art.s 218 al 231), reformas que se pasaron sin cambios al articulado del nuevo CPP (Ley 600/2.000) (arts. 205 a 219).

Las principales reformas a la casación fueron las siguientes: dejó de ser un recurso extraordinario, de utilidad para la parte afectada antes de que se ejecutara la sentencia de segunda instancia demandada, para convertirse en una acción posterior al proceso penal, ya que se estableció para sentencias ejecutoriadas con lo cual se desdibujaron sus finalidades tradicionales. Por otra parte, se aumentó el requisito para la procedencia, estableciéndose para penas mayores de ocho años. También se autorizó a la Corte Suprema de Justicia para dar “respuesta inmediata” a la demanda de casación cuando el alto tribunal se hubiera pronunciado anteriormente sobre situaciones idénticas, sin necesidad de motivación, y se autorizó a la parte demandante en casación –cuando el objeto fuera la condena en perjuicios- para solicitar la suspensión del cumplimiento de la sentencia, ofreciendo caución.

Mediante Sentencia C-252/2.001, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “ejecutoriada” del artículo 205 de la Ley 600/2.000; los incisos 1º y 2º del artículo 210; el artículo 214 (sobre respuesta inmediata); el artículo 219 (sobre caución para la suspensión de la sentencia).

Podemos resumir los efectos de la sentencia diciendo que:

- la casación continúa siendo un recurso extraordinario (y no una acción independiente del proceso penal), tal como venía funcionando en el Decreto 2700/91,
- al igual que en el antiguo CPP no opera para sentencias ejecutoriadas,
- desaparece la respuesta inmediata, o sea que, en cada caso, la Corte deberá expresar las razones de su decisión.

En otras palabras, podemos decir que la casación continúa operando sin cambios, así que prácticamente no hay diferencia entre dicho recurso extraordinario en el procedimiento penal ordinario y en el castrense, a

5.3.3 La consulta:

a) De conformidad con el artículo 203 del nuevo CPP, en los “procesos por delitos contra la administración pública en que la pena máxima no sea inferior a cuatro (4) años y en los delitos de narcotráfico, de testaferrato, de lavado de activos y de enriquecimiento ilícito de particulares, las providencias de cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción y la sentencia absolutoria se someterán a consulta con el superior, siempre que no hayan sido objeto de apelación”. Esta medida se explica porque es preocupación primordial del legislador y del gobierno nacional la lucha contra la corrupción y contra el narcotráfico.

b) En el proceso penal militar – art. 367 CPM- procede la consulta de las providencias “que decreten cesación de procedimiento” y en todos los casos de “sentencias absolutorias de primera instancia”, norma que nos sugiere un temor del legislador a la impunidad dentro de la justicia castrense.

5.4 EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

En términos generales, operan las mismas normas para la ejecución de las sentencias tanto en el campo penal ordinario como en el castrense.

Como diferencias que vale la pena reseñar, encontramos las siguientes:

a) En el Código de Procedimiento Penal la vigilancia del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad impuestas es responsabilidad del Juez de ejecución de penas.

En el Código Penal Militar no existe el Juez de ejecución de penas. Es decir que – de acuerdo con el artículo 584 CPM- la ejecución de la sentencia es responsabilidad del juez de primera o única instancia.

excepción de la procedencia, ya que en el proceso ordinario quedó para delitos con pena cuyo máximo fuere de ocho años o más, mientras que en el proceso militar continúa la procedencia para delitos con pena máxima de seis o más años.

La H. Corte Constitucional, mediante Sentencia C-358/97 declaró exequible el artículo 702 del Decreto 2550/88 –norma idéntica al mencionado artículo 584 del nuevo Código Penal Militar-. Considera el alto tribunal que no se desacató ningún precepto constitucional al no considerar la procedencia de los jueces de ejecución de penas para la Justicia Penal Militar, porque “la existencia de jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en la legislación penal militar” no corresponde a una exigencia de la Constitución, y, además, porque no es obligatorio que en la normatividad castrense se consagren “todos y cada uno de los instrumentos y mecanismos procesales ordinarios”.

b) La ejecución de las penas impuestas por el juez penal (en la jurisdicción ordinaria), de acuerdo con el artículo 469 del nuevo Código de Procedimiento Penal, corresponde a las “autoridades penitenciarias bajo la supervisión y control del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad”.

Las penas impuestas por los jueces de la Justicia Penal Militar –salvo casos excepcionales- no se cumplen en establecimientos del INPEC sino en establecimientos carcelarios militares o policiales, según el caso.

5.5 OTRAS CONSIDERACIONES

5.5.1 Titularidad de la acción penal. De conformidad con el artículo 26 del nuevo CPP (Ley 600/2.000) la titularidad de la acción penal es del Estado que, en la jurisdicción penal común, la ejerce por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y por los jueces competentes durante la etapa del juicio.

De igual manera, en el CPM, artículo 219, la titularidad de la acción penal en el procedimiento castrense es del Estado, pero se ejerce “por las autoridades judiciales de instrucción, acusación y de conocimiento”. Como hemos comentado anteriormente las autoridades respectivas son, en su orden, el juez de instrucción penal militar (funcionario investigador perteneciente a la organización de la justicia penal militar), el fiscal penal

militar (funcionario a cargo de la calificación del mérito del sumario) y el juez de primera instancia (funcionario a cargo de la etapa de juzgamiento).

5.5.2 Sobre los delitos querellables. De acuerdo con el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal de 1.991, en los casos de delitos querellables en la jurisdicción penal ordinaria el término de caducidad era de un (1) año (art. 32 CPP), a diferencia de los injustos querellables de competencia de la justicia penal militar cuyo término de caducidad es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de comisión del hecho punible.

En la Ley 600 de 2.000 el término de caducidad, en principio, se igualó con el del procedimiento militar por cuanto el artículo 34 de esa ley lo fijó en seis (6) meses. Sin embargo, en esta norma el término de caducidad se podrá ampliar cuando el querellante desconociera la ocurrencia de la conducta punible por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditadas, sin que pueda exceder del término de un (1) año.

5.5.3 El auto inhibitorio: El nuevo Código de Procedimiento Penal contempla la Resolución Inhibitoria en la investigación previa, en el artículo 327. Esta resolución puede ser revocada (art. 328 CPP) y no se consulta.

Analizando el artículo 458 del Código Penal Militar se concluye que en la indagación preliminar no se puede dictar auto inhibitorio por causales de justificación o de inculpabilidad, como sí puede hacerse en la jurisdicción ordinaria.

El juez de instrucción penal militar no puede abstenerse de iniciar formal investigación por estas dos clases de causales, sino que debe agotar la investigación. Se trata de no dejar procesos sin definición y , en lo posible, que se llegue a alcanzar la “cosa juzgada”.

5.5.4 Cierre de la investigación y Calificación. Mientras en los procesos ordinarios el Fiscal no perfecciona la investigación, en el proceso penal militar el funcionario de instrucción sí lo hace.

Esta diferencia se debe a que en el Código de Procedimiento Penal (tanto en el antiguo como en el nuevo) se declara cerrada la investigación “cuando se haya recaudado la prueba necesaria para calificar o vencido el término de la instrucción” (subrayado nuestro), a diferencia del Código Penal Militar que ordena al funcionario de instrucción remitir el proceso al Fiscal Penal Militar cuando esté “perfeccionada la investigación o vencido el término de instrucción”.(subrayado nuestro)

De aquí se deduce que el Fiscal, en la jurisdicción ordinaria, sólo busca recaudar la prueba necesaria para acusar, mientras que en la penal militar el instructor debe perfeccionar la investigación.

Además, en el proceso ordinario un solo Funcionario –el Fiscal- instruye y califica, mientras que en el castrense el Juez de Instrucción Penal Militar instruye y remite al Fiscal Penal Militar para que califique. Si éste observa que faltan pruebas devuelve el expediente al instructor para que las practique en el término de quince días. Si no hubieren faltado pruebas, o una vez practicadas las faltantes, el Fiscal Penal Militar cierra la investigación y procede a calificar el mérito del sumario, previo traslado para alegatos a las partes.

Por lo expuesto, podemos sostener que en el procedimiento castrense es muy improbable que un proceso llegue al juez sin haberse perfeccionado la investigación, situación de común ocurrencia en el procedimiento penal común.

Podría pensarse que – al exigirse el perfeccionamiento de la investigación al funcionario instructor – el procedimiento penal militar es de tendencia inquisitiva (como ya hemos explicado, en Colombia no se aplica el principio de la “concentración” y no hay que presentar la pruebas en debate oral ante el Juez), lo cual iría en desmedro de las garantías al procesado.

Sin embargo, este temor puede desecharse si se tiene en cuenta que aquí hay tres funcionarios jurisdiccionales intervinientes; aquí el instructor no es quien califica, sino otro funcionario – no contaminado por la prueba – que es el Fiscal Penal Militar (quien puede,

inclusive, señalar nulidades). Por otra parte, la resolución de acusación que elabora el Fiscal Penal Militar –a semejanza del proceso ordinario- contiene una calificación jurídica provisional que es sometida a control de legalidad por parte del Juez de instancia, quien puede anularla, si a ello hubiere lugar.

Además, dentro de la etapa del juicio hay un nuevo período probatorio, de manera que el Juez puede ordenar nuevas pruebas fuera y dentro de la audiencia, así que no está atado ni a las pruebas del instructor ni a la calificación del Fiscal Penal Militar.

5.5.5 Otros delitos. En el título octavo del Libro Segundo, denominado “OTROS DELITOS” se contemplan algunos hechos punibles que hasta el 24 de julio de 2001 correspondieron en la Jurisdicción penal ordinaria a las denominadas contravenciones especiales (contempladas en la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 228 de 1995) como son las lesiones personales dolosas con incapacidad mayor de 30 días, el hurto simple hasta una cuantía de diez (10) salarios mínimos, el hurto de uso, la estafa, la emisión y transferencia ilegal de cheque y el daño en bien ajeno, hasta por valor de diez (10) salarios mínimos mensuales.⁴⁹

En el código castrense quedaron tipificados como delitos para que en el improbable caso de que se dieran estas conductas “en relación con el servicio” no quedaran impunes, ya que no podían incluirse en esta norma como contravenciones, por no existir el fuero militar para las contravenciones sino únicamente para delitos. Así pues, aquí no se habla de querrela, es decir, son perseguibles de oficio.

Como se comentó al presentar la visión sucinta del proceso penal militar, estos delitos se juzgan por el sistema denominado “Procedimiento Especial”.

Sobre la diferencia de tratamiento de estos hechos punibles en la jurisdicción ordinaria y en

⁴⁹ Estos injustos dejaron de ser contravenciones para constituirse como delitos en el nuevo Código Penal (Ley 599/2000) y, de acuerdo con el art. 35 del nuevo CPP (Ley 600/2000) requieren querrela para iniciar la acción penal.

la militar ya se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-361/2.001.⁵⁰

5.5.6 Terminación abreviada del proceso. Las dos formas de terminación abreviada del proceso (diferentes a formas anormales de extinción de la acción penal, como la preclusión de la investigación y la cesación de procedimiento) contempladas en el Código de Procedimiento Penal de 1.991 (arts. 37 y 37-A), la sentencia anticipada y la audiencia especial, válidas ante la jurisdicción penal ordinaria, no tienen cabida en el Procedimiento Penal Militar.

El nuevo CPP –Ley 600/2.000- sólo contempla como forma de terminación abreviada del proceso la sentencia anticipada, en su artículo 40. Desde luego no opera en el estatuto castrense.

⁵⁰ Supra. Nota de pie de página No. 34.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

a. Se puede afirmar – sin lugar a dudas- que el Código Penal Militar se modificó para adecuarse a la filosofía y sistema de la Constitución Política de 1991, con sus características de democracia y garantismo.

Dentro de tal adaptación se destaca la adopción del Sistema Acusatorio y el acceso de víctimas y perjudicados al expediente, ganando en publicidad, credibilidad y, como consecuencia, en legitimidad.

b. El Sistema Acusatorio del proceso penal militar, con sus tres funcionarios judiciales y tres etapas, constituye un sistema acusatorio más puro que el adoptado en el proceso penal ordinario en Colombia.

Ello es así por cuanto el Fiscal Penal Militar – encargado de la etapa de calificación- no está contaminado con la prueba ni ha participado en la persecución del procesado, por lo cual su calificación será más ponderada e imparcial que la que puede hacer el Fiscal – investigador y calificador – en el proceso penal ordinario.

Vale la pena considerar la conveniencia de adoptar los tres funcionarios en el proceso penal ordinario, ya que además de su evidente utilidad, en la jurisdicción penal militar no significó aumento de la planta de funcionarios judiciales, sino que se realizó mediante una adecuada reasignación.

c. Las normas del nuevo Código Penal Militar fueron concordadas con las normas pertinentes de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal que estuvieron vigentes hasta el 24 de julio del presente año. Al entrar en vigencia los nuevos Códigos Penal (Ley 599 de 2.000) y de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2.000), varias normas del Código Penal

Militar (en lo sustantivo y en lo procedimental) van a quedar discordantes y, en algunos casos, enfrentadas.

Se requiere una inmediata revisión para que en sede legislativa se tramiten las modificaciones pertinentes a la norma castrense, adecuándola al nuevo ordenamiento penal y procesal penal, sin esperar a que, merced a demandas de inconstitucionalidad, se impongan por vía jurisprudencial los cambios en las normas. Ello para mantener el principio de separación de poderes propio del Estado de Derecho y para que la adecuación de normas no se limite a igualar el Código Penal Militar con el ordinario.

d. El legislador quiso adaptar el proceso penal militar (y la normatividad sustancial penal militar) al Estado Social de Derecho impuesto por la Constitución Política de 1.991, en lo cual se avanzó significativamente, pero se desconoció una razón fundamental del Derecho Penal Militar en todos los Estados, como es la disciplina de los ejércitos. Si se mira exclusivamente desde un punto de vista democrático y garantista, es correcta la separación de mando y jurisdicción, pero desde el punto de vista de la disciplina de la organización castrense podría haberse retrocedido y los efectos negativos no tardarían en hacerse evidentes, dentro de la situación de conflicto que vive el país.

e. Es claro que el legislador ha buscado ejercer estrictos controles sobre los operadores de la justicia penal militar, controles más estrictos que los ejercidos sobre los funcionarios de la justicia ordinaria. Entre ellos la intervención del Ministerio Público en todos los procesos y la consulta obligatoria para todas las sentencias absolutorias.

f. Sin desconocer los avances en el campo dogmático penal y en la publicidad y transparencia de los procesos (característica del Estado Social de Derecho), consideramos que al buscar concordar en un todo el código castrense con los códigos –penal y procedimental- ordinarios, se ha elaborado un Código Penal Militar apropiado para tiempo de paz, de normalidad, pero no se cuenta con un instrumento para los estados de excepción, ni reglas para el combate internacional.

g. Como pudo observarse, ya no existe propiamente la Corte Marcial, puesto que, una vez desaparecieron los vocales, quedó exactamente igual a la Audiencia Pública en el proceso penal ordinario. Realmente el nombre de este sistema de juicio castrense hoy en día no pasa de ser una remembranza de tipo histórico.

BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, José María. La prisión provisional. Edit. Civitas. Madrid, 1.987.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. Edit. Arazuú. Buenos Aires, 1.953.
- CODIGO PENAL MILITAR. Grupo Editorial Leyer. Tercera Edición. Bogotá, 2.000.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Legis Editores. Bogotá, 2.000.
- GONZÁLEZ AMADO, Iván. Calificación de la instrucción y el proceso penal acusatorio. Revista Universitas. P.U.J. Fac. de Ciencias Jurídicas. No. 86, Bogotá, Junio 1.994.
- GRANADOS PEÑA, Jaime. El sistema acusatorio en el Derecho Comparado y la Nueva Fiscalía General en Colombia. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1.996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Editorial Lozada. Buenos Aires, 1.977.
- HENAO HIDRÓN, Javier. Nuevo Constitucionalismo Colombiano. Editorial Temis. Bogotá, 1.995.
- KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Eudeba. Buenos Aires, 1.965.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Causalismo y finalismo en Derecho Penal. Edit. Temis. Bogotá, 1.982.
- OLIVAR BONILLA, Leonel. Derecho Penal Militar. Aspectos de actualidad. Edit. Librería del Profesional. Bogotá, 1.980.
- PEÑA VELÁSQUEZ, Edgar. Comentarios al nuevo Código Penal Militar. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2.001.
- Ponencia, Debates, Aprobación y Publicación de la Ley 522 de 1.999 Código Penal Militar. Gaceta del Congreso. Números: 485 de 1.997 – 508 de 1.997 – 542 de 1.997 – 545 de 1.997 – 573 de 1.997 - 581 de 1.997 - 26 de 1.998 – 98 de 1.998 – 144 de 1.998 - 173 de 1.999 – 178 de 1.999 – 238 de 1.999 – 267 de 1.999.
- RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. Sistema Procesal Penal Colombiano. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1.997.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá, 1.996.

RODRÍGUEZ USSA, Francisco. Derecho Penal Comparado. Tomo I. Publicaciones Jurídicas FRU. Bogotá, 1.988.

ROJAS CARO, José. Derecho Procesal Penal Militar. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1.991

SCHONBOHN, Horst. Sistema Acusatorio y proceso penal. Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1.995.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Sentencia C-529/93 (Procesos Penales Militares. Defensor)

Sentencia T-275/94 (Justicia Penal Militar. Acceso a la justicia para Víctimas y perjudicados)

Sentencia C-578/95 (Ordenes militares. Límites de la obediencia debida)

Sentencia C-358/97 (Fuero Penal Militar. Ambito de aplicación)

Sentencia C-145/98 (Consejos Verbales de Guerra. Vocales)

Sentencia C-621/98 (Formalidades de la captura y la indagatoria)

Sentencia C-368/00 (Delitos no relacionados con el servicio. El Desistimiento)

Sentencia T-806/00 (Competencia de la Justicia Penal Militar)

Sentencia C-878/00 (Delitos relacionados con el servicio. Delitos comunes cometidos por militares)

Sentencia C-252/01 (sobre las modificaciones al recurso de casación)

Sentencia C-361/01 (El sistema del nuevo Código Penal Militar. Otros delitos)

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA PENAL)

Sentencia No. 20 – Exp. 1562 (235-E) – de 5 de marzo de 1.987 (La Justicia Pena Militar no es competente para juzgar a civiles).

A N E X O “A”

**ESTRUCTURA FUNCIONAL Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR**

[Archivo Anexo I - Estructura](#)

A N E X O “B”
ESQUEMA DEL PROCESO PENAL MILITAR
CORTE MARCIAL

