

Desarrollo de la pena en la jurisdicción penal militar de Colombia.

Emma Natalia Rodríguez Cely

Universidad Santo Tomás- Seccional Tunja.

Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas, Línea en Derechos Humanos, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

Doctor. Daniel Felipe Garavito.

Marzo 18, 2024.

Resumen.

La jurisdicción penal militar a lo largo del tiempo ha sido blanco de diversas críticas, dejando en evidencia el desconcierto de la sociedad cuando se lleva a cabo la comisión de conductas punibles por parte de los integrantes de la fuerza pública, pues hay un hermetismo frente a dicho aspecto que no permite que la sociedad tenga claridad de si en efecto se lleva a cabo un proceso penal y como resultado de éste una sanción criminal o si por el contrario hay impunidad en su totalidad, es por esta razón, que se hace un análisis de la Jurisdicción castrense con el fin de establecer como se llevan a cabo los procesos penales y la aplicación de penas a los miembros o integrantes de la Jurisdicción Penal Militar Colombiana.

Palabras clave: Jurisdicción, Jurisdicción penal Militar, Fuero Militar, Proceso Penal Militar, Sanción Criminal.

Development of penalty in the military criminal jurisdiction in Colombia.

Abstract.

Over time, military criminal jurisdiction has been the target of various criticisms, which reveal the discomfort of society at the time of the commission of punishable conduct by members of the security forces, because there is a lack of clarity about this aspect that does not allow society to be clear as to whether a criminal proceeding is actually being conducted and as a result of it a criminal sanction or whether on the contrary there is total impunity, it is for this reason that an analysis of the military jurisdiction is made in order to establish how criminal proceedings are carried out and the application of penalties to members of the Colombian military jurisdiction.

Key words: Jurisdiction, Military Criminal Jurisdiction, Military Immunity, Military Criminal Process, Criminal Sanction.

Tabla de contenido.

Desarrollo de la pena en la jurisdicción penal militar de Colombia.....	1
Resumen.	2
Palabras clave:	2
Development of penalty in the military criminal jurisdiction in Colombia.....	3
Abstract.	3
Key words:	3
Introducción.	5
Planteamiento del problema.	6
Formulación del Problema.....	8
Justificación.	8
Objetivo General.....	11
Objetivos Específicos.	11
Metodología.	11
Marco Teórico.....	11
Conclusiones.	29

Introducción.

Las sanciones criminales en el ordenamiento jurídico penal común de Colombia están establecidas claramente y son de fácil y usual divulgación dentro de la sociedad, no obstante, al interior de la fuerza pública, cuando un miembro de las Instituciones militares y policiales despliega una conducta punible, los asociados se limitan a discutir referente al fuero militar, que si bien es una condición funcional determinante para someter un caso en concreto a la jurisdicción ordinaria o a la jurisdicción penal militar, también es relevante lo concerniente a las etapas del procedimiento penal militar, a los delitos militares y a las sanciones penales aplicables a las personas pertenecientes a la fuerza pública cuando cometen un hecho punible.

La jurisdicción penal militar es la encargada de juzgar a los miembros de las fuerzas militares y policiales que han desplegado conductas punibles y que cumplen a cabalidad con los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente para la aplicación del fuero penal militar, el cual es un aspecto competencial, en el entendido que, hay delitos que son exclusivamente militares y otros que se cometen con ocasión del servicio prestado, que no deben ser objeto de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y no pueden tramitarse bajo la ley 599 de 2000. En virtud de lo anterior, la ley 1407 de 2010, tipifica conductas punibles exclusivamente militares, v.g., ocultamiento de avería, abandono de escolta, entre otros y hace referencia a los delitos comunes en caso que proceda la aplicación del fuero.

Asimismo, la mencionada normatividad, trae consigo los principios en los que está cimentado el procedimiento penal, así como cada una de sus etapas, forjándose como un procedimiento penal de tendencia acusatoria, estableciendo una etapa de investigación como una de juzgamiento, dentro de las cuales se encuentran las audiencias de formulación de imputación, formulación de acusación, preparatoria y juicio oral o corte marcial.

En la ley 1407 de 2010, cada conducta tipificada trae consigo su respectiva consecuencia penal, es decir, pena privativa de la libertad o multa, en el mismo sentido, hace mención respecto de las penas principales y penas accesorias, dentro

de las cuales se encuentra la separación absoluta de la fuerza pública, restricción domiciliaria, entre otras, por lo que, así como en la jurisdicción ordinaria, las penas en la jurisdicción castrense cumplen unas funciones y finalidades específicas, las cuales son; prevención general y especial, protectora y reinserción social, evidenciándose que, dentro de la jurisdicción penal militar no se hace referencia inequívoca a la retribución justa, no obstante, las medidas de aseguramiento como las sanciones criminales están sujetas al principio de proporcionalidad.

Planteamiento del problema.

El ordenamiento jurídico colombiano consagra la institución del fuero penal militar, como un aspecto procesal aplicable a miembros de la fuerza pública cuando ejecutan conductas punibles en ejercicio de determinadas actividades orientadas al cumplimiento de las finalidades propias de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional consagradas en la Constitución, las leyes y los reglamentos, en efecto, el delito nace como consecuencia de una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una acción lícita ligada directamente a una función de la fuerza pública, vínculo que debe ser próximo y directo (158920-XV-371 PONAL, 2018) determinador de la competencia dentro de una jurisdicción denominada *jurisdicción penal militar*, no obstante y paralelo a lo anterior, se presenta la exigencia de garantizar los derechos de las víctimas mediante acciones positivas por parte del Estado buscando; verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición (Congreso de la República de Colombia, 2011, 10 de junio.) los cuales en muchas ocasiones son objeto de debate por parte de las mismas, ya que, denotan una falta de aplicación de la norma procesal-penal militar a los integrantes de la fuerza pública, y un sentir de confusión frente a la reglamentación que somete los casos en concreto tanto a la jurisdicción ordinaria como a la jurisdicción penal militar, cuya finalidad es especializada y limitada a los miembros de la fuerza pública en general, que hayan cometido delitos militares, catalogados como conductas punibles que lesionan bienes jurídicos estrictamente militares. (Atienza, 2022, págs. 26-27).

Conforme a lo anterior, tenemos que la pena se determina como una necesidad de la sociedad frente a la vulneración de la norma jurídico penal, en el

caso concreto, por parte de los miembros de la fuerza pública, a fin de garantizar que los mismos, no las vuelvan a realizar, así como mantener un recto y transparente funcionamiento de las fuerzas militares y policiales, no obstante, la misma tiene unos fines delimitados tanto en la doctrina como en nuestro sistema jurídico penal, con el objetivo de dar un sentido y una justificación de la imposición de una sanción que en la mayoría de los casos, es vulneradora de derechos y libertades de los asociados, visualizándose al derecho penal con un enfoque preventivo o represivo.

Por lo anterior, podemos evidenciar que dentro del sentido y fin de la pena se visualizan diversas teorías las cuales tienen una trascendencia vital dentro del ordenamiento jurídico penal, como lo son las teorías absolutas, relativas y mixtas, en cuanto a las primeras se puede afirmar que están orientadas a retribuir al culpable de la conducta punible el daño causado al sujeto pasivo o a la víctima, es decir, compensando la violencia con más violencia, ajustando la pena en una simple concepción de justa retribución, por el contrario, las teorías relativistas buscan legitimar la imposición de la pena con base en una *prevención especial*, la cual está justificada por su influencia sobre el sujeto que ya ha cometido un crimen, intentando proteger a la sociedad por medio de la prevención de los delitos que el sujeto pueda desplegar en el futuro (Sánchez, Aproximación al derecho penal contemporáneo, 1992) así como en una *prevención general*, que está dirigida esencialmente a todos los integrantes de una sociedad, a fin de que, al observar la imposición de una pena, se abstengan de cometer conductas punibles, buscando un impacto intimidatorio en la sociedad y la recuperación de la fe en el Derecho (Conde, 1985, pág. 64).

Paralelo a lo anterior, las teorías mixtas buscan justificar o legitimar la imposición de una sanción criminal, en una justa retribución, como consecuencia para el individuo declarado culpable por su actuar antijurídico, y en unos fines preventivos, que buscan disuadir a la sociedad en general y al individuo a fin de que evite la comisión de más delitos, no obstante, también está encaminada en un sentido resocializador, cuyo propósito es brindarle todos los mecanismos necesarios para desenvolverse de manera idónea en la sociedad cuando en un

futuro recobre la libertad. (Sánchez, Aproximación al derecho penal contemporáneo, 1992, pág. 28) Como consecuencia de lo anterior, para los pertenecientes a la fuerza pública que hayan cometido delitos bajo el fuero militar, se establecen diferentes clases de penas, con la intención de garantizar los fines anteriormente mencionados.

El objetivo constitucional de las fuerzas militares esta basado en la protección de la soberanía e integridad de Colombia, así como, su independencia y el orden constitucional (Gobierno Nacional de Colombia, 1991, 20 de julio), la labor principal de la Policía Nacional es el conservar todos y cada uno de los aspectos indispensables para que los habitantes de Colombia puedan disfrutar plenamente de sus derechos, garantías y libertades públicas (Gobierno Nacional de Colombia, 1991, 20 de julio), en ese orden de ideas, se evidencia que si bien en virtud del fuero penal militar no son juzgados conforme a la jurisdicción ordinaria, deben ser juzgados por un procedimiento penal y una jurisdicción más rigurosa en la aplicación de la norma penal, puesto que, aparte de tener una carga legal en cuanto a su condición de ciudadanos, tienen otra función adicional y es preservar la transparencia y buen funcionamiento de las instituciones a las que pertenecen.

Formulación del Problema.

¿Cuáles son las concepciones de la pena dentro de la jurisdicción penal militar en el ordenamiento jurídico colombiano?

Justificación.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existe normativamente la jurisdicción ordinaria, que en cuánto al ámbito penal tiene el propósito de juzgar a los acusados de una conducta punible y de velar por sus garantías judiciales y constitucionales, en efecto, la existencia de un fuero penal militar, y una jurisdicción militar, pareciera que significara una condición especial generadora de impunidad de las conductas delictivas que puedan llegar a desplegar los miembros de la fuerza pública, es decir, no hay claridad respecto de los eventos en los que casos en concretos son tramitados bajo la jurisdicción ordinaria, como por la jurisdicción penal militar.

De ello resulta necesario admitir que, dentro de la jurisdicción penal militar se puede inferir que no se investiga y sanciona con igual rigor a los miembros de la fuerza pública, como a los civiles en la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, se denota la necesidad de establecer con claridad las circunstancias por las cuales cada caso en específico se tramita como competencia de la Jurisdicción Ordinaria y la Especial Penal Militar, resaltando dentro de ésta última los pasos procesales penales concatenados dirigidos a la sanción y posterior juzgamiento de los miembros de la fuerza pública y como se desarrolla la pena dentro de la jurisdicción penal militar.

Como fundamento de lo anterior, en cuánto al conflicto armado interno, de acuerdo a Informe de Gestión año 2022 emitido por la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, se puede evidenciar que sobre investigaciones adelantadas por conductas cometidas con ocasión del conflicto armado interno hasta el año 2016, se presentan 4.220 procesos judiciales, de los cuales, 1961 fueron archivados, 1389 aún continúan en investigación preliminar, 313 con conflicto de competencias y solo 557 se encuentran activos.

Lo anterior nos permite comprender la legitimidad de este trabajo, en el entendido que, las sanciones penales son diferenciadas para la jurisdicción penal militar y la jurisdicción ordinaria, lo cual afectaría enormemente el principio y derecho a la igualdad material; entendiéndose por ésta como el acceso a la administración de justicia en condiciones igualitarias, a fin de proteger y salvaguardar sus derechos e intereses, así como, sus garantías procesales y sustanciales. (T 421-2018, 2018)

Así mismo, encontramos el caso Vélez Restrepo vs Colombia, en el que el Señor Vélez el día 29 de agosto de 1998, gracias a su labor periodística pudo captar con su cámara de video unas agresiones a un protestante indefenso por parte de algunos integrantes del Ejército, generando que los mismos le proporcionaran unas lesiones personales ocasionando graves afectaciones a su salud e integridad física, durante el proceso se comprobó por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la investigación penal por las lesiones personales al Señor Vélez, no fue

adelantada con idoneidad, a tal punto que el expediente respectivo no fue encontrado, lo cual ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte del alto tribunal, en los cuales ha reiterado que en aquellas situaciones en las que se vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, sino que deberá adelantar el proceso respectivo la Jurisdicción Ordinaria.

En el mismo sentido, dentro de la fuerza militar se inició un procedimiento disciplinario que resultó, según el Estado Colombiano, en la sanción de “represión severa” para dos militares que se encontraban el día de los hechos, cuyo argumento no fue posible probar toda vez que esos expedientes tampoco fueron encontrados ni allegados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no obstante, la procuraduría comenzó indagación al respecto del presente caso, sin embargo, en virtud de la falta de material probatorio se concluyó que el comandante no incurrió en comportamiento irregular alguno.

Denotándose no sólo la falta de diligencia procesal por parte del Estado Colombiano, sino también las amenazas y hostigamientos de los que fueron objeto el Señor Vélez y su familia, con el fin de generar el encubrimiento de sus actuaciones.

Por ende, en nuestra sociedad en múltiples ocasiones se maneja un hermetismo frente a los relacionado al procedimiento penal militar, así como a la aplicación de penas dentro de ésta jurisdicción especial, puesto que, en muchas oportunidades los miembros de las fuerzas militares y policiales realizan conductas punibles y en diversos eventos no se evidencia una efectiva imposición de sanciones criminales, por lo que, se ve inmersa la necesidad de demostrar a la comunidad jurídica y a la sociedad en general, no sólo las generalidades de la pena, sus fines y su aplicación en la jurisdicción castrense, sino que también es necesario mostrar las reglas generales y específicas de la aplicación del fuero penal militar, y las condiciones que hacen que los casos concretos se tramiten bajo la luz procesal de la jurisdicción ordinaria o de la Jurisdicción especial militar y un análisis detallado

del procedimiento, a fin de establecer si efectivamente el ser miembro de la fuerza pública los hace sujetos de un favorecimiento especial de la ley.

Objetivo General.

Comprender la concepción de la pena que subyace a la jurisdicción penal militar en el ordenamiento jurídico colombiano.

Objetivos Específicos.

1. Analizar las principales características de la jurisdicción penal militar y del proceso penal militar en el ordenamiento jurídico colombiano.
2. Comprender las principales posturas teóricas entorno a la justificación de la pena y sus implicaciones en el Derecho Penal Militar.
3. Analizar las diferentes clases de pena en la Jurisdicción Penal Militar.

Metodología.

Teniendo en cuenta nuestro objeto de estudio, resulta menester manifestar que esta investigación es fundamentalmente teórica y básico-jurídica, ya que, se pretende atender básicamente a lo planteado en el ordenamiento jurídico colombiano, mediante el desenvolvimiento de teorías, leyes y conceptos en el ámbito del derecho penal y derecho procesal penal militar, la cual está basada en un enfoque cualitativo, en el entendido que, tiene el fin de analizar y observar las características del objeto de investigación, es decir, del procedimiento penal militar, así como de las sanciones criminales dentro de la jurisdicción castrense, a través, de un método de índole *analítico-descriptivo*, toda vez que, es de imperiosa necesidad describir y descomponer el objeto de investigación para poder arribar a su total comprensión, mediante una técnica de recolección de datos bibliográfica, donde se usarán documentos, v.g., textos, normatividad, jurisprudencia, como base del desarrollo del objeto de investigación.

Marco Teórico.

Jurisdicción Penal Militar- Generalidades y Antecedentes.

La Jurisdicción Penal militar ha tenido una evolución importante en nuestro sistema jurídico como resultado de un contexto histórico-jurídico español traído e

implantado en nuestro territorio desde los comienzos de la conquista, evidenciándose la primera aplicación del fuero militar por el General Antonio Nariño, al acusar a tres miembros de su tropa de conjurar contra él, quién ordena se les investigue por tales hechos, así como, que sean retirados del Ejército y juzgados bajo el ordenamiento jurídico de España. (Espinosa, 2015)

Bajo la luz de los orígenes constitucionales de la jurisdicción penal militar, encontramos que se incluye por primera vez en la Constitución de 1811, en la que se realizó mención al fuero militar, y dedico un título completo a lo relacionado con la Fuerza Pública.

Posteriormente, en los años 1813 y 1821 se realizó hincapié en los delitos de desertión, entendiéndose por desertión como el abandono a los deberes impuestos por integrantes de las Fuerzas Militares (17.080, 2001) estableciendo el procedimiento a seguir y la pena a imponer en caso de que un miembro de la Jurisdicción Militar incurriera en dicha conducta punible. Así mismo, alrededor de 1824 se estructuraron los consejos de guerra como competentes de asuntos penales de miembros activos de la Justicia Militar, dejando como superior jerárquico a la Corte Suprema de Bogotá por un periodo de 5 años, el cual finalizó con la creación de una Alta Corte Militar en el año 1829.

Al respecto, dichos preceptos normativos con relación al fuero militar y su jurisdicción, perduraron durante las constituciones de 1830, 1832, 1843, 1858, 1863 y 1886, en esta última, se definieron diversos aspectos de las instituciones militares, v.g., en el artículo 170, se consagró que de las conductas que despliegan militares en servicio activo o que tengan conexidad con el mismo servicio, deberán conocer las Cortes Marciales o Tribunales Militares, bajo el Código Penal Militar. Lo cual, fue base de la reglamentación que consagró la Constitución de 1991.

Si bien es cierto el término jurisdicción no obedece a una única acepción, su complejo desarrollo a lo largo de los años, ha dejado en evidencia la importancia de su reconocimiento en las diferentes regulaciones jurídico-procesales. Al respecto, Jaime Azula Camacho establece que, la jurisdicción puede comprenderse como la soberanía de un Estado, cuyo ejercicio se realiza por medio de los diferentes

órganos encargados de administrar justicia, con el fin principal de satisfacer los intereses generales como particulares, al igual que dar aplicación del derecho sustantivo a diversos casos. (Azula Camacho, 2010).

Paralelo a lo anterior, Antonio Flórez asegura que “el acto jurisdiccional busca comprobar la existencia o inexistencia de un pretendido derecho subjetivo, hecho que implica la necesidad de que se ejerza por el órgano competente y no por cualquier autoridad” (Florez, 2018)

Así mismo, se destaca que, el acceso a la administración de una efectiva justicia por parte del Estado resulta necesario para la solución de todos los conflictos jurídicos que se lleguen a suscitar entre la población civil, ya que, por medio de este derecho fundamental el órgano jurisdiccional ordinario, tiene por objeto brindarles una efectiva protección y garantía de sus derechos e intereses.

Uno de los temas que desde hace muchos años es objeto de estudio por parte de la Doctrina y de la Jurisprudencia, es precisamente la garantía constitucional de los integrantes de la fuerza pública al acceso a la administración de justicia a través de la Jurisdicción Penal Militar, cuyo deber es juzgar a los miembros pertenecientes a las fuerzas armadas y policiales bajo un ordenamiento especializado o dirigido inequívocamente para ellos, puesto que, a la jurisdicción penal militar no le esta asignada la competencia de juzgar en ningún caso a civiles, así como tampoco a sus integrantes ya sea en servicio activo o en retiro, que llevan a cabo punibles que no tienen relación alguna con las funciones propias que despliegan en virtud del mandato jurídico. (C - 372/2016, 2016)

La jurisdicción Penal militar, encuentra su fundamento en la simple “consecuencia natural de la existencia del Ejército” (Comisión Colombiana de Juristas, 2011, pág. 53) no obstante, con el pasar del tiempo se ha limitado y simplificado la aplicación de ésta jurisdicción, en tanto que, se creó la necesidad de establecer con claridad, en qué casos se somete un miembro de la fuerza pública a la justicia especial militar, a fin de evitar impunidad en caso de serias afectaciones a derechos humanos y frente a determinadas conductas punibles que abiertamente muestran incompatibilidad con el servicio militar, v.g., tortura.

En ese orden de ideas, es notable que, así como existen conductas que no poseen conexidad con el servicio militar, hay otras conductas que sí lo son, y que el derecho penal común dentro de sus múltiples regulaciones no logra cobijar, teniendo en cuenta que se ve inmersa la necesidad de que, dentro de las conductas dispuestas en el Código Penal Militar, el sujeto activo tenga la calidad de militar, o miembro de la fuerza pública, en el mismo sentido, el bien jurídico tutelado que se pretende proteger va estrechamente relacionado con las fuerzas militares, como ejemplo de lo anterior, en la ley 1407 de 2010 se establecen los delitos de; desobediencia, insubordinación, abandono del buque por el comandante, cambio de derrotero, revelación de secretos, uso indebido de uniformes, entre otros.

En otro sentido, se ha establecido en diversas ocasiones, que su existencia se basa en la preparación y especialidad técnico-militar de los Jueces y Magistrados encargados de impartir justicia militar, en el entendido que, los delitos militares tienen una mayor dificultad o contienen aspectos que solo aquel que ha sido integrante de la fuerza pública conoce y puede juzgar. (Guimerá, 1990, pág. 34)

En la actualidad, la Constitución de 1991 hace mención y reconocimiento a la Jurisdicción Penal Militar en sus artículos 116, y 221, dejando claro que así como las cortes, tribunales y jueces de la jurisdicción ordinaria, se ocupan del juzgamiento e imposición de sanciones criminales de las personas que no están bajo algún fuero, la Jurisdicción Militar tiene la facultad de administrar justicia para poder juzgar las conductas punibles de los miembros activos de la Fuerza Pública y como ésta será conformada, consagrando, que los miembros de las fuerzas militares en servicio activo y en conexidad con el servicio que desplieguen conductas punibles, serán juzgados por las cortes marciales o tribunales militares, cuya obligación es estar ceñidos a las prescripciones del Código Penal Militar. Normatividad que más adelante fue modificada mediante acto legislativo 02 de 1995 en el que se dispuso que los tribunales deben estar conformados por miembros de la fuerza pública que se encuentren en servicio activo o en retiro.

Por otra parte, a través de la ley 1407 de 2010 se expide el Código Penal Militar, y en aras de garantizar una adecuada materialización del derecho de

defensa, en el año 2013, se promulga y sanciona una ley que tiene como objetivo crear el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los integrantes de la fuerza pública FONDETEC, encaminado a la finalidad de sufragar las asistencias jurídicas de los miembros activos y retirados de las Fuerzas Militares y Policiales. Al mismo tiempo, mediante la ley 1765 de 2015, se reorganizó y reestructuró la Justicia Penal Militar, implementando la fiscalía general penal militar y policial, así como su cuerpo técnico de investigación y determinó aspectos funcionales.

En ese sentido, y teniendo en cuenta la ley 1765 de 2015, la jurisdicción penal militar está integrada y estructurada en primer lugar por órganos jurisdiccionales, los cuales están conformados por la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Superior Militar y Policial, Jueces Penales Militares y Policiales de Conocimiento y de Conocimiento Especializado, de Control de Garantías, de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, Fiscalía General Penal Militar y Policial y en segundo lugar, Órganos de Dirección y Administración de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial.

Por último, a través del acto legislativo 01 de 2015 se logró reformar el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia, cuyo objetivo fue implementar el Derecho Internacional Humanitario como aspecto competencial y funcional para la resolución de conflictos, junto con aspectos determinantes de la competencia de la jurisdicción penal militar.

En virtud de lo anterior, uno de los aspectos más relevantes dentro de la verificación de la competencia de la jurisdicción penal militar, es el apego y cumplimiento de las dimensiones del llamado fuero militar; entendiéndose por ésta garantía como el derecho que posee todo miembro de la fuerza pública a ser procesado y juzgado por la jurisdicción castrense en razón a las infracciones características de su labor, fundamentando uno de los argumentos esenciales de su existencia, en el entendido que, en cuánto a las funciones relevantes del Estado, como lo es, la Defensa Nacional, no pueden ser dejadas a cargo de otros sectores, justificando el denominado Fuero Penal Militar. (Jaimes, 2016)

Para tal efecto, uno de los requisitos esenciales para determinar la existencia y vigencia del fuero militar, es que la persona sea perteneciente o miembro de las Fuerzas Militares y que encontrándose en servicio activo o en retiro lleve a cabo conductas punibles enlazadas con el servicio prestado. (Gobierno Nacional de Colombia, 1991. 20 de julio)

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, hace referencia a conductas punibles desplegadas por militares en servicio activo y/o que tienen afinidad con las funciones prestadas, por lo que, son actuaciones diversas a las de la vida cotidiana, marcando una incompatibilidad notoria con el sistema penal en manos de la jurisdicción ordinaria, desligando completamente del sistema penal militar delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. (SP 3956-2019, 2019).

En ese mismo contexto, la Corte Constitucional ha establecido que, si el comportamiento tipificado penalmente se presenta como resultado de la realización de una función propia del servicio, y se evidencia que la misma se desarrolla de forma tergiversada, se convertirá en cualquier delito del derecho penal común, lo que generará que sea de conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria. (C - 372/2016, 2016).

Al mismo tiempo, la misma Corporación estableció que el accionar del fuero penal militar implica, fundamentalmente, que debe hallarse suficientemente probada la unión directa, próxima e inmediata de origen, entre la función o servicio encomendado y la conducta punible, de este modo, en los eventos en los que se presenten dudas conforme a lo anterior, deben resolverse con la designación de la respectiva competencia a la Jurisdicción Ordinaria. (SU-190/2021, 2021)

Es así como, bajo la óptica de la realidad nacional y de las tareas asignadas a los militares y policiales que en su gran mayoría representan un riesgo permanente de sus derechos humanos, dentro de los cuales se destaca la vida, se realiza una valoración positiva de tal riesgo mediante el empleo de la Institución del fuero penal militar, como una forma de compensación al miembro de la fuerza pública en virtud de su cargo. (Jaimes, 2016)

Respecto al derecho penal militar, en síntesis, tiene como objetivo reglamentar aquellas conductas vulneradoras de la totalidad de garantías y derechos esenciales de las personas, como consecuencia de actos propios de la fuerza pública, que está integrada por el ejército, por la armada, fuerza aérea y policía, la cual, a lo largo del tiempo, ha cambiado su funcionamiento a un modo de operación militar (Ferro Torres, 2005).

En virtud de lo anterior, el Proceso Penal Militar, se puede enmarcar como aquellas normas, herramientas y mecanismos encaminados a la resolución de un conflicto, que está a cargo del Estado y se desarrolla contra los integrantes de la Fuerza Pública, que al encontrarse en servicio activo resultan inmersos en la investigación penal de una conducta punible profundamente relacionada con el servicio.

Bajo esas premisas, la norma penal militar, ley 1407 de 2010 se encarga de regular los delitos relacionados directamente con el servicio, excluyendo de plano las conductas que atenten contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como; tortura, genocidio, desaparición forzada o de lesa humanidad, y aquellas que abiertamente son opuestas a la misión constitucional de la Fuerza Pública.

Aunado a lo anterior, es de suma importancia destacar que el Proceso Penal militar, está fundando y cimentado en los principios de dignidad humana, legalidad, defensa, imparcialidad, presunción de inocencia, cosa juzgada, juez natural, debido proceso, entre otras garantías procesales, que permiten asegurar la observancia de los fines del proceso, así como la seguridad jurídica y la confianza que los asociados depositan en la administración de justicia.

Asimismo, la ley 1407 de 2010 establece que dicho procedimiento está dividido en diversas etapas que reúnen diferentes actuaciones importantes en el proceso penal militar, en primer lugar, encontramos *la etapa de indagación e investigación*, en la que se llevan a cabo el control de legalidad de los actos de investigación y de las órdenes proferidas, se le comunica la calidad de imputado a

la persona procesada y si es procedente, se solicita por la Fiscalía Penal Militar y Policial la imposición de una medida de aseguramiento.

En la segunda etapa del Proceso Penal Militar, *etapa de juicio*, desarrollada por el Juez Penal Militar de Conocimiento, en primer lugar, se lleva a cabo el traslado del escrito de acusación, con su respectiva audiencia de formulación de acusación, seguido de la audiencia preparatoria a la Corte Marcial, en la cual se sustentará la pertinencia, conducencia y utilidad de los elementos materiales probatorios, posteriormente se realiza la audiencia de Corte Marcial o juicio oral, finalizando el proceso con la decisión o sentido del fallo e individualización de la pena y sentencia.

Sin embargo, sumado a la terminación de este proceso mediante sentencia absolutoria o condenatoria, según la ley penal militar éste también podrá finalizarse con motivo de audiencia de preclusión, por la celebración de preacuerdos y negociaciones o por la aplicación del principio de oportunidad.

Es necesario aclarar que, el Juez Penal Militar con funciones de Conocimiento, quién lleva a cabo todo lo concerniente a la etapa de juicio y finalmente profiere un fallo, tiene el deber o requisito de ser oficial en servicio activo o retiro de la Fuerza Pública al momento de postularse como Juez, como lo establece la ley 1765 de 2015 en el artículo 11, lo que, desde un punto de vista objetivo, genera dudas respecto de la obligación del Juez de ser imparcial al momento de la imposición de una pena, entendiendo por el principio de imparcialidad como la obligación del juez encargado de no ser subjetivo al momento de analizar, estudiar y fallar el caso concreto, separándose totalmente de los intereses procesales con el objetivo de lograr cumplir los fines jurisdiccionales, generando la no predisposición o preferencia hacia una u otra solución del conflicto procesal. (Henao Toro, Marin Pinto, & Petro González, 2011)

En consecuencia, que el juez encargado de dictar fallo, tenga el deber de ser o haber sido parte de las Instituciones Militares y Policiales, hace ver que pueden llegarse a mezclar aspectos subjetivos, como favorecer o proteger a aquellos que también hacen parte de su misma institución, con el fin de salvaguardar la confianza

e imagen que tiene la sociedad, así como proteger a la Fuerza Pública y al Estado frente a la comunidad internacional.

No obstante, en virtud de los principios de cosa juzgada, debido proceso, juez natural, imparcialidad, entre otros, las funciones anteriormente mencionadas de investigación y juzgamiento son ahora absolutamente autónomas de las funciones de comando, las cuales son el poder y potestad que ejercen legalmente un comandante sobre sus subordinados, en virtud del grado y de la misión (Centro de Doctrina Conjunta de las Fuerzas Militares de Colombia - CEDCO, 2018), por lo que, independientemente de la jerarquía existente en la fuerza pública, un superior no podrá ordenar la absolución o condena de un procesado sin obedecer al procedimiento establecido previamente por la ley, lo anterior, en virtud de que, la no separación de dichas funciones generó tanto arbitrariedades, como impunidad en diversos casos; respecto del principio de Independencia e imparcialidad, se realizó una prueba en la que se determinó que al estar separada la función jurisdiccional con la función de comando los funcionarios están menos coaccionados y más capacitados al momento de tomar una decisión, en el mismo sentido, se denotó la necesidad de que los despachos judiciales se ubiquen fuera de las instalaciones policiales y militares generando que los cargos de los funcionarios no dependan de la Institución. (Henao Toro, Marin Pinto, & Petro González, 2011)

Las penas en el Derecho Penal Militar Colombiano.

A través de los años, las penas han servido a la sociedad, entre otras funciones, como un símbolo de justicia frente a conductas reprochables por los ciudadanos, han sido a lo largo de la historia un mal necesario para devolver un sentir de armonía y estabilidad a la sociedad, y consecutivamente generar una prevención del delito, restringiendo determinados bienes jurídicos como la libertad, mediante la imposición de una pena por parte de un órgano competente a aquel que ha desplegado una conducta catalogada como punible, de lo cual se puede inferir que su propósito es preservar la coexistencia humana en sociedad, buscando restaurar el ordenamiento jurídico penal, en virtud de la infracción que lo atente. (Velázquez, 2020)

En el mismo sentido establece Zaffaroni, que la pena se impone afectando intereses jurídicos de determinado sujeto, como consecuencia de una afectación injustificada de bienes jurídicos, fundamentándose en la búsqueda de asegurar la armonía en sociedad y por objetivo el soslayar nuevas agresiones a la misma, mediante la resocialización del sujeto conforme a la condena impuesta, que deberá obedecer al grado del mal y de reproche, sin afligir el sentimiento de seguridad jurídica. (Zaffaroni, 1987)

En virtud de lo anterior, entendemos que la naturaleza de la pena debe verse en consecuencia con una doble concepción, mediante un aspecto personal y un aspecto estatal de la pena; el primero haciendo referencia al condenado que debe sufrir la sanción criminal y a la sociedad en general que presencia la pena;

Evidenciándose a la pena como un daño contra el autor en virtud de la culpabilidad de una conducta punible, acreedor de una retribución justa, es decir, obtener felicidad de felicidad, y merecimiento de daño o pena por sufrimiento causado. (Welzel, 1956) -

Y, en segundo lugar, respecto a la necesidad de la imposición de la pena por parte del Estado, el sustento de la sanción estatal parte de la necesidad y obligatoriedad de salvaguardar el equilibrio de la comunidad. (Welzel, 1956)

Por tanto, frente a la aplicación de la pena en la jurisdicción penal militar, se encuentra que las funciones que fundamentan la imposición de la sanción criminal son; prevención general, prevención especial, función protectora y reinserción social, no obstante, dentro de la normatividad, ley 1407 de 2010, se establecen los principios de la pena militar, dentro de los cuales, se encuentra la proporcionalidad, la cual podría decirse que está enfocada a una retribución justa, en consecuencia, podríamos aseverar que la pena también cumple con dicha función.

Es por esta razón, que los asociados al evidenciar la comisión de conductas punibles, exijan una sanción criminal, y especialmente cuando el sujeto activo es miembro de la fuerza pública, el cual, adicional a sus deberes como ciudadano, se le impone la carga de proteger los derechos y libertades de las personas y garantizar

el orden social, la convivencia pacífica y la paz ciudadana. (Gobierno Nacional de Colombia, 1991. 20 de julio)

Sin embargo, a lo largo de la historia, se ha indagado la forma de hallar un sentido y finalidad a la imposición de la pena, razón por la cual, se han desarrollado diversas teorías por parte de la doctrina.

En relación a lo anterior, dentro de las teorías absolutistas de la pena se indican principalmente las teorías de Kant y de Hegel. Para Kant la medida de la imposición de un castigo era el talión y para Hegel, el mal de la pena se imponía por ser la negación del mal del delito, es decir, que a cada culpa corresponda una pena, en el mismo sentido, Welcker y Stahl consideraban menester deshacer en el asesino la imagen de Dios, teniendo en cuenta, que él había desmoronado esa imagen en otra persona. (Zaffaroni, 1987).

Por ello, puede entenderse que, en las teorías absolutas, la pena tiene un fin en sí misma, cuya base está totalmente desligada del efecto social que ésta genera, basándose principalmente en la *retribución o proporcionalidad*, la cual, como se expresó anteriormente, hace parte no sólo de la jurisdicción ordinaria sino de la jurisdicción penal militar, en la que se puede afirmar que, al autor de un delito se le aplica una sanción criminal, mayor o menor, conforme al juicio de exigibilidad, esto es, la pena tiene la misión de ser proporcional al grado de culpabilidad. (158488-XV-279-ARC, 2016)

En otro orden de ideas, en cuanto a las teorías relativas, encontramos que se basan en la prevención del delito, en un sentido, la prevención general, cuyo enfoque es la comunidad o sociedad, para que la misma se abstenga de la comisión de conductas punibles, en otro sentido, la prevención especial, cuya finalidad va dirigida inequívocamente al autor del delito, a fin de evitar la reiteración del hecho punible, o con el objetivo de controlar al sujeto mediante acciones sobre su persona que no le permita llevar a cabo actividades delictivas (Bustos Ramirez & Hormazábal Malarée, 1997) con la intención de evitar la reincidencia de la conducta por parte del militar o policía, quién fue sujeto activo de la conducta punible, no obstante, frente a lo anterior el Tribunal Superior Militar y Policial, estableció;

“La prevención especial no recae exclusivamente respecto de conductas punibles militarizadas o de función que por su nueva condición no puede ejecutar, sino que tiene por objeto la totalidad del universo típico establecido por la legislación penal, en virtud de la efectividad del aparato jurisdiccional y de la obligación de encausar su comportamiento para evitar la vulneración de bienes jurídicos a futuro” (159622-075-I-074- PONAL, 2022)

Dentro de la prevención general del delito, encontramos dos teorías, en primer lugar, *la prevención general negativa*, cuya finalidad en la jurisdicción penal militar, se entendería como el propósito de intimidar a los demás miembros de la fuerza pública, y al conglomerado social en general, con el fin de que se abstengan de cometer delitos semejantes, y, en segundo lugar, *la prevención general positiva*, en la que se busca principalmente la conservación de la confianza, vigencia y autoridad del ordenamiento jurídico en la sociedad, pretendiendo que los asociados colombianos, reafirmen su seguridad y tranquilidad en la existencia de un verdadero y eficaz sistema jurídico penal para los integrantes de las fuerzas militares y policiales, teniendo en cuenta que, son las primordiales defensoras de los derechos humanos de la ciudadanía colombiana, siendo su enfoque principal la protección de la vida, honra, bienes, libertades y demás derechos de la totalidad de personas del territorio colombiano, mediante la recuperación de la seguridad y con total apego a los derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Finalmente, encontramos *las teorías mixtas de la pena*, las cuales tienen el propósito de desarrollar los fines de las sanciones criminales desde la conexión de las teorías absolutas y las teorías relativas; en el evento en el que el sujeto repara el daño ocasionado, teniendo la capacidad de corregirse a sí mismo evitando reincidir en el futuro, y paralelo a lo anterior, atemorizando e influyendo en aquellos que tuvieran la intención de imitarle. (Zaffaroni, 1987)

Siendo ésta última, la aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano en el órgano jurisdiccional ordinario, como lo establece el Código Penal Colombiano en su artículo 4°, la pena tiene unas funciones establecidas, tales como, prevención especial, prevención general, retribución justa, reinserción social y protección al

condenado, sin embargo, es necesario recalcar que el artículo 12° de la ley 1407 del 2010, dentro de las funciones de la pena al no mencionar expresamente la retribución justa, sino sólo el principio de proporcionalidad, se podría afirmar que, si bien la jurisdicción castrense, sustenta y legitima la imposición de una pena, ésta se basa principalmente en las teorías relativas de la prevención.

Por lo anterior, es necesario hacer mención a los principios que deben ser tenidos en cuenta al momento de imposición de una pena en la jurisdicción militar; *necesidad, proporcionalidad y razonabilidad*, expresamente establecidos en el artículo 12 de la ley 1407 de 2010, en cuanto a los mismos, se debe manifestar, que deben obedecer a las finalidades de la pena, en el entendido que, en este ámbito están en juego valores trascendentales de los asociados, derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y el derecho al debido proceso. (C - 328/2016, 2016) conformando lo anterior, un límite no sólo para el legislador al momento de tipificar conductas y determinar las penas correspondientes, sino también para el operador judicial que aplica e interpreta la normatividad e impone sanciones criminales.

En el mismo sentido, en el ámbito de la jurisdicción castrense, los delitos militares deben comportar una pena equivalente al bien jurídico protegido, asimismo, el principio de proporcionalidad va ligado a la noción de ultima ratio, enfocado a una pena rigurosamente necesaria para salvaguardar los principios de la organización militar y policial, en consecuencia, la pena debe ser proporcionada tanto a la gravedad del hecho como a la culpabilidad del sujeto. (Carrasco, 2008)

Diferentes clases de pena en la Jurisdicción Penal Militar.

La Jurisdicción Penal Militar, tiene en cuenta distintos tipos de penas, como lo son principales y accesorias, la imposición de las primeras se debe determinar de manera independiente y autónoma a otras sanciones, como es el caso de la prisión, la multa o las que legalmente tengan tal carácter (Velasquez Velasquez, 2020) y las penas accesorias, se entienden como las que no tienen coexistencia propia, sino que son simultáneas a la imposición de una sanción principal, dentro de las cuales

podemos encontrar, la pérdida del cargo o empleo público, prohibición de salir de la ciudad, departamento o país, entre otras.

En relación a las penas principales, en el artículo 36° de la ley 1407 de 2010, se determina que en el ámbito militar son, la prisión y la multa, entendiéndose por prisión, como la privación de la libertad, según el caso en concreto, en establecimiento penitenciario y carcelario de las fuerzas militares, centro de reclusión batallón de seguridad de infantería marina, centro de reclusión comando aéreo, establecimiento penitenciario y carcelario para agentes de la policía nacional, entre otros, y en el artículo 37° de la misma normatividad se consignan las penas accesorias, tales como, restricción domiciliaria, el deber de no desempeñar un arte, oficio o profesión, prohibición de ejercer la patria potestad, deber de no porte y tenencia de armas de fuego, interdicción de derechos y funciones públicas, separación absoluta de la Fuerza Pública y el no consumo de bebidas alcohólicas, siempre y cuando no se establezcan las anteriores como penas principales.

Conforme a lo anterior, es importante resaltar que a discrepancia de la legislación penal militar, la ley 599 del año 2000 trae consigo un mayor número de penas accesorias, que no contempla la ley militar, dentro de las cuales encontramos, la restricción del derecho a permanecer o visitar determinados lugares, obligación de no acercarse o comunicarse con la víctima de la conducta punible y/o con miembros de su familia, prohibición de ejercer el derecho a conducir automotores o motocicletas y por último, el traslado forzado de personas extranjeras fuera del territorio colombiano.

No obstante, también es evidente que muchas penas accesorias contenidas en la ley 1407 de 2010 no tienen la misma amplitud que las contenidas en la ley 599 del 2000, v.g., en la primera se encuentra la sanción de no consumo de bebidas embriagantes, y en la segunda se evidencia más amplia, estableciendo no sólo la prohibición mencionada sino también de sustancias estupefacientes o psicotrópicas según el caso, en el mismo sentido se denota que en la ley penal militar, se establece la pena de suspensión de la patria potestad mientras que en la ley penal común se consigna complementariamente la imposibilidad de ejercer la tutela y

curaduría, paralelo a lo anterior, en la legislación militar se establece el deber de no ejercer un arte, un oficio o una profesión en específico, a diferencia del ordenamiento jurídico ordinario, en el que se consigna como adición a la sanción anterior el ejercer un determinado comercio o industria ya sea que se despliegue de forma directa o indirecta de cierto ente económico nacional o internacional. Lo que nos permite deducir que las penas accesorias en la jurisdicción castrense son menos detalladas y específicas que en la jurisdicción penal ordinaria.

Desde otra perspectiva, en cuanto a la separación absoluta de la fuerza pública como pena accesoria contenida en la ley penal militar, podría equipararse a la pena de pérdida del empleo o cargo público contenida en la ley penal común, teniendo en cuenta que así como se le impone la pérdida del empleo a un servidor público que ha cometido una conducta punible, así mismo, al miembro de la jurisdicción castrense que despliegue un tipo penal, según el caso, comportará una separación absoluta de la fuerza pública, o en otras palabras, la pérdida de su condición como militar o policial.

Asimismo, en el artículo 51° de la misma ley, se consigna que, a las personas pertenecientes a la Fuerza Pública que se les imponga una pena de prisión por delitos dolosos y preterintencionales, se les determinará como sanciones accesorias, el retiro forzado y absoluto de la fuerza pública, paralelo a la inhabilidad de ejercer derechos y funciones públicas por el mismo término establecido para la pena principal, no obstante, no aplicará lo anterior en el caso concreto de delitos contra el servicio y en los eventos en los que la pena establecida no sea superior a dos años de prisión, por lo que, podemos evidenciar que al cometer una conducta punible dolosa o preterintencional, no podrán continuar siendo parte de la Institución, sin perjuicio de que hayan o no cumplido con el fin resocializador de la pena.

En cuanto a las personas pertenecientes a la policía nacional (personal de oficiales, suboficiales, agentes y ejecutivos) y de la fuerza militar, en el Decreto 1791 del año 2000, se dispone que a quienes sean condenados penalmente mediante sentencia ejecutoriada por cualquiera de las jurisdicciones, a pena privativa de la

libertad por delitos dolosos, se les impondrá la separación de forma absoluta del servicio activo de la Policía y Fuerzas militares y no podrán volver a permanecer a la misma, y en caso de pena de prisión por delitos culposos se realizará la separación temporal.

Adicionalmente, es dable mencionar que la normatividad vigente establece que la mayor pena privativa de la libertad en la jurisdicción penal militar, será en las situaciones de concurso de conductas punibles y equivaldrá a un máximo de 60 años (Ochoa & Sintura Valera , 2020, pág. 16), lo cual es coincidente con la regulación del derecho penal común.

En el mismo sentido, se evidencia que si bien, dentro del sistema jurídico penal militar, están reguladas conductas punibles que no están inmersas dentro de la normatividad penal común, que son propias del servicio y legitiman la existencia del fuero, y del derecho penal militar, también hay otras conductas típicas, que están reguladas en los dos ordenamientos, y comportan penas privativas de la libertad distintas, v.g., *fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, partes o municiones*, tipo penal que representa en el derecho penal común una pena privativa de la libertad de 9 a 12 años, y en el derecho militar, la misma conducta obedece a la misma clase de sanción, sin embargo, por el término de 3 a 5 años, lo que es absolutamente parcial, puesto que, en la misma sólo se modifica el sujeto activo, es decir, por ser miembro de la fuerza pública al cometer éste delito, estaría sujeto a una pena menor que en la jurisdicción ordinaria.

Paralelo a lo anterior, encontramos la conducta de *calumnia* tipificada en las dos legislaciones, la cual tiene una consecuencia penal de privación de la libertad en los dos ordenamientos, de todos modos, se evidencia que la pena en el derecho penal común es de 16 a 72 meses de prisión, y en el derecho penal militar es de 1 a 4 años de prisión, en hilo de lo anterior, ocurre la misma situación con el delito de *injuria*, que dentro de la ley 599 del 2000, significa una pena de prisión de 16 a 54 meses, y en la ley 1407 de 2010, se determina una sanción de 1 a 3 años de privación de la libertad, denotándose una evidente parcialidad y favorecimiento hacia los miembros de la fuerza pública que despliegan éstas conductas punibles.

Frente a estos delitos, cabe resaltar que dentro del tipo penal de *injuria y calumnia* en el derecho penal militar, se exige que las imputaciones deshonrosas e imputaciones falsas de la comisión de un delito estén dirigidas a otro integrante de la fuerza pública, lo que nos permite afirmar que la pena es desproporcionada al delito, toda vez que debería ser más gravosa, en el entendido que, al desarrollar estas conductas punibles por parte de miembros de las fuerzas militares y policiales estarían afectando enormemente la imagen transparente y recta del buen funcionamiento de las Instituciones a las que pertenecen.

Asimismo, el integrante de la fuerza pública que despliegue la conducta penalmente sancionada de *daño en bien ajeno* incurrirá en prisión de 6 a 12 meses, contrario al derecho penal común, dentro del cual, a la misma actuación le corresponde una pena privativa de la libertad de 16 a 90 meses, observándose dentro del mismo contexto, sanciones diferenciadas en pro de favorecer a las personas pertenecientes a las fuerzas militares y policiales.

No obstante, se encuentra que, también hay conductas punibles como *abuso de autoridad*, que en la legislación penal común representa una pena de multa y pérdida del empleo o cargo público, por el contrario, en el ordenamiento jurídico penal militar la misma conducta obedece a una pena privativa de la libertad de 1 a 3 años, análogo a lo anterior, se evidencia el tipo penal de *violación de habitación ajena por servidor público*, cuya consecuencia penal es una sanción de multa y pérdida de empleo o cargo, siendo una pena menos gravosa frente a la sanción que comporta en la jurisdicción castrense de pena de prisión de 1 a 2 años, es decir, si bien en algunos delitos es beneficioso acogerse al fuero penal militar, reflejándose que en otras conductas no comporta un privilegio sino una desventaja en caso de ser declarado penalmente responsable.

Por tal razón es importante manifestar que, los miembros de la fuerza pública adicional a la carga legal que poseen como ciudadanos del Estado colombiano, tienen el deber de garantizar el transparente y recto funcionamiento de las Instituciones militares y policiales, así como, proteger la soberanía, independencia, integridad, orden constitucional y todos los aspectos claves para que los habitantes

de Colombia gocen a cabalidad sus derechos, garantías y libertades públicas, es por esto, que el gobierno está llamado a proteger a las víctimas del despliegue de conductas punibles por parte de los integrantes de la fuerza pública, mediante acciones idóneas encaminadas a la protección de sus derechos, dentro de los cuales se evidencian los derechos de las víctimas enfocados al acceso a la administración de justicia contenidos en el artículo 194 y 299 de la ley 1407 de 2010.

Dentro de la misma normatividad, encontramos un capítulo entero dedicado exclusivamente a las víctimas, dentro del cual, resulta menester manifestar que se encuentra regulada la inmediata atención y protección a las víctimas por parte del Fiscal, del Juez de Control de Garantías o de Conocimiento según el caso, con la finalidad de garantizar su seguridad y la de su familia, al igual que su intimidad y dignidad.

Sumado a lo anterior, se intenta garantizar a las víctimas la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición, como un medio eficaz para ayudarlas a superar el daño y el dolor que han sentido con ocasión de las actuaciones de la fuerza pública.

En el marco del conflicto armado interno, se promulgó la ley 1448 de 2011, como ley de víctimas, con el fin de brindarles herramientas normativas para desenvolverse y participar de manera activa en el desarrollo del proceso en el que estén en debate sus intereses y derechos.

En otros términos, podemos manifestar que, lo que se quiere con los derechos de las víctimas es que no se justifique el actuar antijurídico del miembro de la fuerza pública, generando que la autoridad competente realmente realice actos verdaderos e idóneos en dirección a poder investigar e imponer una sanción penal a los responsables, y por último que se reconozca el papel fundamental de las víctimas dentro de los procesos, y se intente por todos los medios restituir sus vidas. (Comisión Colombiana de Juristas, 2006)

Conclusiones.

En síntesis, la jurisdicción Penal Militar, tiene el deber de juzgar a los integrantes de las fuerzas armadas y policiales, mediante un ordenamiento jurídico dirigido especialmente para ellos, no obstante, está supeditado a unos límites y extremos, los cuales se basan principalmente en la obligación de no investigar ni juzgar a civiles y a determinados miembros de las fuerzas castrenses en retiro o que desplieguen conductas que no tengan conexidad con el servicio, asimismo, no podrá conocer delitos que atenten contra el derecho internacional humanitario o de lesa humanidad, así como aquellos notoriamente incompatibles con la actividad y función militar y policial, es decir, debe probarse a cabalidad el vínculo entre la actividad del servicio y el delito, es por esto que dentro de la ley 1407 de 2010, se tipifican conductas punibles propias de la jurisdicción castrense, puesto que el derecho penal común no resultaría suficiente como un ordenamiento jurídico penal único en Colombia, lo que genera una legitimación de la subsistencia de la jurisdicción castrense.

No obstante, se evidencia que al Juez Penal Militar con funciones de Conocimiento, se le impone el deber de ser miembro en servicio activo o retiro de la Fuerza Pública, lo que podría generar una afectación al principio de imparcialidad al momento de la imposición de una pena, puesto que, el requisito del juez encargado de dictar fallo de ser o haber sido parte de las Instituciones Militares y Policiales, puede ser generador de favorecimientos o protecciones a quienes también hacen parte de la Institución, a fin de resguardar la legitimidad de la Fuerza Pública en la sociedad, sin embargo, se ve inmersa la necesidad de que, quienes impartan justicia, tengan el debido conocimiento respecto de la vida y desarrollo de la Fuerza Pública, lo que podría garantizarse con el requisito ya mencionado.

En cuanto a la pregunta de investigación, se encuentra que, conforme a la aplicación de sanciones criminales en la jurisdicción militar, las funciones que fundamentan la imposición de una pena son; prevención general, prevención especial, función protectora y reinserción social, dejando de lado la finalidad de la retribución justa, ahora bien, la ley 1407 de 2010, al establecer los principios de la

pena militar, hace mención a la proporcionalidad, la cual, en cuanto a la lesividad del derecho, exige que sea equivalente la conducta punible desplegada por el miembro de la fuerza pública con la pena a imponer, es decir, que un delito de entidad mayor, tenga asignada una sanción que prive la libertad, así como, un delito de entidad menor comporte una pena no privativa de la libertad. (Carrasco, 2008). No obstante, se podría afirmar que, si bien la jurisdicción castrense, sustenta y justifica la obligación del cumplimiento de una pena, ésta se basa principalmente en las teorías relativas de la prevención.

Es por esto que, al analizar la pena de determinadas conductas punibles establecidas tanto en la ley 1407 de 2010 como la ley 599 de 2000, se evidenció que en las dos legislaciones se tipifican mismas conductas punibles, pero con diferente pena a imponer, v.g., *fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, partes o municiones*, la cual comporta en el derecho penal común una pena privativa de la libertad de 9 a 12 años, y en el derecho penal militar, a la misma conducta le corresponde una sanción criminal de prisión de 3 a 5 años, lo que es absolutamente parcial, puesto que, dentro de los elementos típicos de la conducta sólo resulta modificado el sujeto activo, es decir, por ser perteneciente de la fuerza pública al desplegar esta conducta, el sujeto se sometería a una pena menor que en la jurisdicción ordinaria.

En otro sentido, se evidencian conductas punibles tipificadas en la ley 1407 de 2010, que comportan una pena más gravosa que en la ley 599 de 2000, tales como; violación en habitación ajena, hurto de uso, y abuso de autoridad, dentro de ésta última, la pena establecida en la jurisdicción militar es privativa de la libertad de 1 a 3 años en prisión, no obstante, en la jurisdicción ordinaria, comporta una pena de multa o pérdida de empleo o cargo público.

Por lo anterior, es notorio que, si bien dentro de nuestra sociedad Colombia se han evidenciado casos de impunidad, así como, se han presentado hermetismos frente a los conflictos penales de la jurisdicción penal militar, generando un sentir de favorecimiento a la fuerza pública que en caso de la comisión de conductas punibles son investigados y juzgados en la jurisdicción castrense, si es de imperiosa

necesidad establecer que, existe un ordenamiento jurídico penal militar, cimentado en principios y normas, encaminados al juzgamiento de dichos miembros que están cobijados bajo el fuero militar, un procedimiento penal con pasos concatenados y rigurosamente establecidos, conductas punibles tipificadas que comportan en diversos casos penas mayores en ésta jurisdicción que en la jurisdicción ordinaria, y delitos propios de la actividad militar y policial, justificando su existencia y vigencia dentro del sistema jurídico colombiano. Aun así, se percibe la carencia de rigurosidad normativa y sancionatoria dentro de la jurisdicción castrense.

Referencias.

158488-XV-279-ARC (Tribunal Superior Militar y Policial 14 de Diciembre de 2016).

158920-XV-371 PONAL (Tribunal Superior Militar y Policial. Sala de Primera Decisión. M.P. Marco Aurelio Bolívar Suárez 23 de octubre de 2018).

159622-075-I-074- PONAL (Tribunal Superior Militar y Policial 30 de Noviembre de 2022).

17.080 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, M.P. Jorge Anibal Gómez Gallego 24 de enero de 2001).

Atienza, G. M. (2022). *Responsabilidad penal y disciplinaria militar*. Valladolid: Ediciones Experiencia. Obtenido de <https://elibro.net/es/lc/usta/titulos/218938>

Azula Camacho, J. (2010). *Manual de Derecho Procesal*. Bogotá: Temis S.A.

C - 328/2016 (Corte Constitucional - Sala Plena. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado 22 de junio de 2016).

C - 372/2016 (Corte Constitucional - Sala Plena, M.S. Luis Guillermo Guerrero Pérez 13 de julio de 2016).

Carrasco, J. G. (2008). Principios formativos para el nuevo código de justicia militar. *Documento de acuerdo- comité de estudios para la reforma de la justicia militar* , 44-46.

- Centro de Doctrina Conjunta de las Fuerzas Militares de Colombia - CEDCO. (2018). *Manual Fundamental Conjunto MFC 1.0 Doctrina Conjunta*. Bogotá: Sello editorial ESDEG.
- Comisión Colombiana de Juristas. (2006). *Verdad, justicia y reparación algunas preguntas y respuestas*. Bogotá: Opciones Gráficas Editores Ltda.
- Comisión Colombiana de Juristas. (2011). *Tribunales Militares y Graves Violaciones de Derechos Humanos*. Bogotá: Opciones Gráficas Editores Ltda.
- Conde, F. M. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez.
- Congreso de la República de Colombia. (2011, 10 de junio.). *Ley 1448 de 2011*. Diario Oficial No. 48.096.
- Congreso de la República de Colombia. (2011, 10 de junio). *Ley 1448 de 2011*. Diario oficial No. 48.096.
- Espinosa, M. C. (2015). Fuero penal militar: una institución en crisis. *Derecho y Realidad*, 13(26), 13-32.
- Ferro Torres, J. G. (2005). Constitución y derecho penal militar. *Derechos y valores*, VIII(16), 37-54.
- Florez, A. S. (2018). La teoría general del proceso. Algunas propuestas para su actualización. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, 651-670.
- Gobierno Nacional de Colombia. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional No. 116. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1
- Gobierno Nacional de Colombia. (1991. 20 de julio). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta constitucional No. 116.

- Guimerá, J. F. (1990). *Curso de Derecho Penal Militar Español*. Barcelona: Bosh, Casa Editorial, S.A.
- Jaimes, A. M. (2016). ¿Por qué es importante el fuero penal militar para la defensa nacional del Estado Colombiano? *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*.
- Ochoa, F. B., & Sintura Valera, F. (2020). *Ley 1407 de 2010*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose María Boch Editor, S.A.
- Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José Maria Boch Edito S.A.
- SP 3956-2019 (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa 23 de septiembre de 2019).
- SU-190/2021 (Corte Constitucional - Sala Plena, M.P. Diana Fajardo Rivera 17 de junio de 2021).
- T 421-2018 (Corte Constitucional - Sala sexta de revisión 16 de octubre de 2018).
- Velázquez, F. V. (2020). *Fundamentos del Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Tirant lo blanch.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Buenos Aires: Ediar.