

# Reglas para determinar la competencia jurisdiccional entre la justicia penal militar y ordinaria por los hechos susceptibles de investigación penal que sean endilgados a los miembros de la fuerza pública de Colombia<sup>1</sup>

## Rules to determine the jurisdictional competence between the military and ordinary criminal justice for the facts susceptible to criminal investigation that are foisted on the members of the Colombian Public Force

*Pacheco Galvis, Yiliber<sup>2</sup>*

FECHA DE RECEPCIÓN: JULIO 20 DE 2021 | FECHA DE APROBACIÓN: OCTUBRE 15 DE 2021

**Para citar este artículo:** Pacheco, Y. (2021). Reglas para determinar la competencia jurisdiccional entre la justicia penal militar y ordinaria por los hechos susceptibles de investigación penal que sean endilgados a los miembros de la fuerza pública de Colombia. *Criterios Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, 14(2), 1-21.

1 Artículo de investigación.

2 Abogado egresado de la Universidad Manuela Beltrán. Docente catedrático en la Fundación Universitaria Compensar, Universidad Militar Nueva Granada (UMNG), Fundación Universitaria Cafam (Ucafam). Con estudios de especialización en Derecho Administrativo y Constitucional, Derecho Tributario y Aduanero, Universidad Católica y especialista en Innovación Educativa de la UCOMPENSAR. Litigante y asesor en entidades de orden privado en diferentes áreas del derecho público, constitucional y administrativo. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1854-0403>

## Resumen

Se plantea la problemática existente en el conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar, teniendo como pregunta de investigación ¿cómo operan las reglas de competencia jurisdiccional en la justicia penal militar y justicia ordinaria frente a conflictos de competencia? Se determina cómo operan las reglas de competencia jurisdiccional en la justicia penal militar y justicia ordinaria para conocer sobre los hechos que generan afectaciones a bienes jurídicamente protegidos por el derecho penal, y se describen las reglas de competencia jurisdiccional en la justicia penal militar. Se describen las reglas de competencia jurisdiccional en la justicia ordinaria. Se Explica cómo se pueden aplicar reglas de competencia de las jurisdicciones en conflicto. Para concluir que las reglas de arraigo jurisprudencial afectan el debido proceso y la presunción de inocencia.

## Palabras claves

Fuero penal militar, competencia, jurisdicción ordinaria, principio pro in dubio jurisdicción ordinaria.

## Abstract

The existing problem in the conflict of competencies between the ordinary and military criminal jurisdictions is raised, having as a research question: How do the rules of jurisdictional competence operate in the military criminal justice and ordinary justice in the face of conflicts of competence? It is determined how the rules of jurisdictional jurisdiction operate in military criminal justice and ordinary justice to know about the facts that generate damages to assets legally protected by criminal law, and the rules of the jurisdictional jurisdiction of military criminal justice are described. The rules of jurisdictional competence in ordinary justice are described.

It explains how the competition rules of conflicting jurisdictions can be applied. To conclude that the rules of jurisprudential roots affect the due process and the presumption of innocence.

### **Keywords**

Military criminal jurisdiction, jurisdiction, ordinary jurisdiction, principle pro in dubio ordinary jurisdiction.



La fuerza pública colombiana tiene múltiples funciones constitucionales y legales, las cuales se pueden resumir en protección de la nación, orden público y seguridad ciudadana, por estas múltiples funciones como servidores públicos se ven abocados al uso de la fuerza y las armas dentro del marco constitucional y legal; algunas de sus intervenciones generan denuncias en contra de la fuerza pública como presunto responsable de conductas que pueden encuadrarse como delitos. Estos hechos que son susceptibles de ser investigados penalmente pueden ser de conocimiento de la justicia penal militar o por la justicia penal ordinaria.

La discusión sobre la competencia termina girando sobre quién debe conocer las conductas que generen afectaciones a bienes jurídicamente protegidos en la legislación penal. Es necesario establecer las reglas de competencia de forma clara entre las dos jurisdicciones acorde a los hechos que son susceptibles de ser investigados en el marco de la actuación realizada por los miembros de la fuerza pública en la esfera del servicio, para eliminar o minimizar la discusión frente a la legitimidad de los jueces que conocen los hechos investigados o denunciados. Esta problemática lleva a plantearse la siguiente pregunta de investigación: ¿cómo operan las reglas de competencia jurisdiccional en la justicia penal militar y justicia ordinaria frente a conflictos de competencia?

Para dar respuesta a la pregunta de investigación, se plantea como una hipótesis inicial que la operación y aplicación de las reglas de competencia jurisdiccional en la justicia penal militar y la justicia ordinaria son claras para determinar quién debe conocer de los hechos que generan afectaciones a bienes jurídicamente protegidos por el derecho penal.

Como objetivo general se propone determinar cómo operan las reglas de competencia jurisdiccional en la justicia penal militar y justicia ordinaria para conocer sobre los hechos que generan afectaciones a bienes jurídicamente protegidos por el derecho penal.

Este objetivo será desarrollado a través de los siguientes objetivos específicos.

1. Describir las reglas de competencia jurisdiccional en la justicia penal militar.
2. Describir las reglas de competencia jurisdiccional en la justicia ordinaria.
3. Explicar cómo se pueden aplicar las reglas de competencia de las jurisdicciones en conflicto.

El enfoque de investigación aplicado en el presente es el hermenéutico crítico, desde una metodología cualitativa, con una estrategia de recolección de información documental.

La importancia de estudiar las reglas de competencia jurisdiccional radica en que a través de la jurisdicción se garantiza el derecho al acceso a la justicia. Fernández (2008) deja claro que la determinación de la jurisdicción es pieza clave en el acceso a la justicia, señalando de forma puntual que es necesario que estas reglas sean prácticas y obedezcan a los criterios de finalidad del goce del derecho.

Las reglas de competencia para acceder a la jurisdicción deben estar predeterminadas a los hechos susceptibles de ser llevados ante los jueces, esto evita la creación de tribunales que respondan a “objetivos particulares” (Sáez, 2015, p. 535) objetivos que pueden buscar impunidad o perseguir a quienes se considere como contradictores.

Tiene tal relevancia la determinación de la competencia para establecer la jurisdicción natural que en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia se establece que “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”; lo cual fue corroborado en sentencia de constitucionalidad que estudió entre otros el concepto de competencia (C-111-2000) y trajo en mención la Sentencia C-040/97 que sobre la competencia indicó que “ha sido comúnmente concebida como la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores” (C-040/97).

Entonces, se busca determinar el juez que tiene jurisdicción en el caso de afectaciones a derechos de los ciudadanos por parte de los miembros de la fuerza pública debido a los actos del servicio, en otras palabras, establecer quién es el competente, el juez de la justicia penal militar o el juez penal de la justicia ordinaria.

### **a. Reglas de competencia jurisdiccional en la justicia penal militar**

La justicia penal militar se entiende como un fuero o beneficio que tienen los militares. Este fuero consiste en un tribunal especial que conoce los hechos susceptibles de ser investigados penalmente. La evolución de este fuero viene desde la época de la colonia; ha variado acorde a los diferentes momentos históricos y ejercicio del poder cívico o militar en el poder.

En la evolución histórica de este fuero, el fuero penal militar, se han señalado jurisdicciones absolutas y relativas de conocimiento de actos realizados por militares, entendiéndose como jurisdicción absoluta aquella en donde el tribunal penal militar conocerá de todo acto delictivo sin importar si es en razón o no del servicio que realiza el militar; se entenderá como jurisdicción relativa aquella en donde la justicia penal militar conoce únicamente los actos en el marco de los actos del servicio realizados por un militar.

En los primeros momentos de esta jurisdicción en América, el ejército español y la armada española hacían un ejercicio de jurisdicción absoluta (Barrero, 2010), es decir, el tribunal penal militar conocía tanto de actos del servicio como de actos o conductas sin relación con el servicio; no obstante, Colombia avanzó en diversas direcciones luego del grito de independencia de 1810 en la regulación penal militar, teniendo como grandes momentos de cambio los siguientes:

**Tabla 1**

*Relación normativa con extracto de texto y tipo de jurisdicción*

Norma	Texto legal	Tipo de jurisdicción
Decreto 27 de noviembre de 1861, artículo 1.	Las Leyes generales de la República de la Nueva Granada y de la Confederación Granadina que estaban vigentes el 1 de febrero de 1859 en negocios militares del ejército y de la armada y las ordenanzas españolas y Reales Cédulas que han regido y rigen en el país, formando el Código Militar de los Estados Unidos de Colombia.	Absoluta
Constitución Política de 1863, artículo 69.	El Poder Judicial se ejerce por el Senado, por una Corte Suprema federal, por los Tribunales y Juzgados de los Estados, y por los que se establezcan en los territorios que deban regirse por legislación especial. Los juicios por delitos y faltas militares de las fuerzas de la Unión, son de competencia del Poder Judicial nacional.	Relativa
Constitución Política de 1863, artículo 71.	Son atribuciones de la Corte Suprema federal: 5ª. Conocer de las causas de responsabilidad contra los Generales y Comandantes en jefe de las fuerzas nacionales, y contra los Jefes Superiores de las oficinas principales de Hacienda de la Unión.	

Norma	Texto legal	Tipo de jurisdicción
Constitución Política de 1886, artículo 170.	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.	Relativa
Ley 84 de 1931, artículo 10.	Son delitos militares los que se cometen con infracción de las leyes militares, o en asuntos del servicio militar o dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques o buques de guerra y en general dentro de cualquiera dependencia militar. Los delitos o culpas cometidos fuera de estos casos serán juzgados como delitos comunes por la justicia ordinaria.	Relativa
Ley 3 de 1945, artículo 7, numeral 2.	a) Contra los militares en servicio activo que cometen alguno de los delitos o faltas establecidas en el presente Código; b) Contra los militares en servicio activo que cometen delito común en tiempo de guerra o conflicto armado, o turbación del orden público, si en los respectivos lugares no están funcionando, normalmente, las autoridades del orden judicial.	Absoluta
Decreto 2550 de 1988, artículo 14.	Las disposiciones de este código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el Derecho Internacional.	Absoluta
Constitución política de 1991, artículo 221.	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.	Relativo
Constitución política de 1991, artículo 221. Modificado por el Acto legislativo 1 de 2015.	De las conductas punibles cometidas 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.  En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.  La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.	Relativo

**Fuente:** Elaboración propia.

De la anterior Tabla se entiende que en la actualidad el fuero penal militar es aplicable a miembros de la fuerza pública activa y en relación con el servicio, por lo tanto, es una jurisdicción relativa, dado que permite que las conductas sancionables penalmente que no tengan relación con el servicio serán de competencia de la jurisdicción ordinaria.

La ley 1407 en sus primeros artículos señala las reglas de competencia de la jurisdicción penal militar, estableciendo en el artículo primero el concepto de Fuero Militar; en el segundo, los delitos relacionados con el servicio, y en el tercero, los delitos no relacionados con el servicio.

El fuero militar se determinará entonces por la calidad del sujeto, si la persona es militar activo será juzgada por tribunales militares, siempre y cuando la conducta tenga relación con la función militar y no se relacione con delitos de lesa humanidad o los delitos que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario o que rompa el nexo causal entre las funciones constitucionales y legales y el servicio.

La situación compleja para establecer la competencia es entender cuándo un acto del servicio se desborda y se sale de la competencia penal militar, dado que esto determinará de forma clara quién conoce los actos materializados por miembros activos de la fuerza pública.

## **b. Desarrollo de las reglas de competencia por parte de la jurisprudencia de la corte constitucional**

La Corte Constitucional ha elaborado reglas de competencia en materia de la jurisdicción penal militar con carácter antiformalista. Se entiende como antiformalista esas interpretaciones auténticas en donde la Corte Constitucional como operador jurídico crea derecho



al interpretar las diferentes normas y usando diversas fuentes jurídicas (Perilla, 2015).

Es por lo anterior que se hace fundamental estudiar la Sentencia SU-190-2021, que estudio el conflicto de competencia nacido entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción ordinaria encabezada por la fiscalía, como entidad que tiene la función de investigar las conductas lesivas de bienes protegidos por el derecho penal y acusar ante los jueces de esta última jurisdicción.

La Sentencia Su-190-2021 realiza una reiteración de jurisprudencia frente al fuero penal militar y establece que la competencia jurisdiccional en los tribunales de justicia penal militar será activada siempre y cuando se cumplan los siguientes criterios.

1. “(...) que el presunto autor es miembro activo de la Fuerza Pública.
2. Debe estar inequívocamente probada, en grado de certeza, la relación directa, inmediata y estrecha de la conducta investigada con el servicio.
3. que no existan dudas de las circunstancias de hecho en las cuales tuvo lugar el delito” (Sentencia Su-190-2021).
4. Que la conducta punible no constituya delito de tortura, desaparición forzada, crimen de lesa humanidad, una violación a los derechos humanos o una infracción al Derecho Internacional Humanitario.

Los numerales 1 y 4 no tienen mayor gracia de discusión, toda vez que el numeral primero se despeja al momento de realizar la individualización del presunto responsable, facilitando establecer la calidad del sujeto si es miembro o no de la fuerza pública. El numeral 4 de las anteriores reglas obedece a un ejercicio de encuadramiento de los hechos en los tipos penales relacionados con delitos de lesa

humanidad, violación a derechos humanos o infracción del Derecho Internacional Humanitario.

El numeral segundo y tercero son los que generan mayor controversia, dado que determinar qué es un acto de servicio y sus límites es la discusión más compleja. La Corte Constitucional definió de forma velada el acto de servicio como “la conducta [que] debía ser realizada dentro del marco de actividades que le corresponden, por norma, a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional” (Sentencia SU-1184 de 2001). Este argumento se retomó de la obiter dicta de la Sentencia C-358 de 1997.

Al tener esta simplificación del concepto de acto del servicio, se encuentra que la Corte Constitucional en Sentencia SU 1148 de 2001 estudió qué no es un acto de servicio, es decir, estudió de forma negativa el concepto de acto de servicio al preguntarse ¿cuándo una omisión de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? (Corte Constitucional, Sentencia SU 1148 de 2001), y al responder se determinan qué conductas van en contravía de la definición misma del acto del servicio, lo cual hizo en los siguientes términos.

La Respuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública. Esto significa que no pueden quedar amparadas por el fuero penal militar, las siguientes omisiones: i) las que se producen en el contexto de una operación que ab initio buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta (surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho) o ii) las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad (no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en un combate) o iii) cuando no se impiden las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho

internacional humanitario (un miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado). (Corte Constitucional, Sentencia SU 1148 de 2001)

El análisis se da desde el reconocimiento que la afectación al acto de servicio se genera por la obligación que tiene el sujeto calificado, miembro de la fuerza pública, el cual tiene como deber la protección de los derechos fundamentales y el mantenimiento del orden constitucional y legal de la nación.

Esta discusión no se cierra con esta sentencia. En la aclaración de voto de la Sentencia SU-190-2021, el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo señala que:

La sentencia ha debido profundizar sobre los casos en que las actuaciones de los uniformados se consideran actos del servicio y en qué casos no, pues la Justicia Penal Militar está establecida justamente para conocer de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en ejercicio de sus funciones. (Corte Constitucional, Sentencia SU 190 de 2021)

Del análisis anterior tenemos, entonces, que no es dable entender que el acto de servicio sea una categoría conceptual agotada y desarrollada, por lo que se hace necesario desarrollar de mejor manera dicha conceptualización para permitir estructurar bajo criterios diferentes al de sospecha o duda la competencia jurisdiccional del juez que debe conocer de las conductas presumiblemente delictivas o lesivas del derecho penal.

Frente al numeral tercero de las reglas reafirmadas por la Corte Constitucional en Sentencia SU-190 de 2021, se debe indicar que la determinación de la ausencia de dudas solo se puede establecer cuando en el estudio del material probatorio se observe una relación “directa, próxima y evidente” entre el acto de servicio y los hechos investigados; para simplificar, la realización de una requisita a un par-

ticipante de una manifestación hace parte del control preventivo que puede realizar la policía, pero si al momento de hacer la requisa se agrede físicamente en el uso de fuerza desmedida que pone en riesgo la integridad de la persona, se puede plantear que hay una conducta que no se enmarca entre los actos del servicio, salvo que esta fuerza fuese necesaria para evitar un peligro o daño de un bien jurídico del mismo manifestante o de la fuerza pública.

Lo anterior tiene una clara relación con lo plasmado en sentencias de la Corte Suprema de Justicia (2019) que mantiene una línea jurisprudencial estable y uniforme, al determinar que el factor de competencia de la justicia penal militar de las conductas susceptibles de constituir delitos por parte de miembros de las fuerzas militares está íntimamente ligado al acto de servicio.

Señala la corte suprema de justicia que cualquier “duda sobre la relación directa del delito con el servicio” (Corte Suprema de justicia, 2019) excluye a la jurisdicción penal militar en aplicación del in dubio pro jurisdicción ordinaria. El in dubio por jurisdicción ordinaria se sustenta en el carácter excepcional de la jurisdicción penal militar, en el sentido anteriormente expuesto del numeral 3.

### **c. Regla de competencia jurisdiccional en la justicia penal ordinaria**

La justicia penal ordinaria es la jurisdicción natural de las conductas típicas consagradas en el código penal, por ende, los togados de esta jurisdicción son el juez natural. El concepto de juez natural descansa sobre cuatro pilares o principios, principio de imparcialidad, independencia, autonomía e inamovilidad (Carlos, 2015).

La imparcialidad se conceptualiza como una garantía en sí misma. Esta propende por la “neutralidad” del juez y lo somete al imperio de la ley, al reconocimiento de los derechos y a las garantías

procesales, sin permitir crear intereses o que sus intereses se vean interrelacionados con la decisión que se proyecta (Pozo, 2019). En el mismo sentido había soportado Escobar (2009) al señalar que “el juez está constitucional y convencionalmente obligado a dictar sentencia de acuerdo con la ley y los valores de una comunidad social y no contaminado por los prejuicios y convicciones personales” (Escobar, 2009, p. 188).

La independencia del juez se puede analizar o estudiar desde diferentes líneas, desde las relacionadas con la interpretación normativa hasta la separación de poderes. No obstante, para la conceptualización se usa la denominación presentada por Lösing (2011), en donde la independencia judicial consolida la división de poderes y permite que a partir de la interpretación de la ley se consolide el Estado de derecho y se limite el ejercicio del poder legislativo y ejecutivo, eliminando de sus decisiones los juicios políticos. Esto es analizado como independencia objetiva y subjetiva por Chaires (2004), siendo la independencia objetiva la separación de los otros poderes públicos, y la independencia subjetiva como la posibilidad de separarse de criterios dentro de la misma jurisdicción en el marco del principio que se conceptualiza a continuación.

El principio de autonomía judicial se enmarca dentro una fina línea entre la independencia y la imparcialidad. Esto da cabida a su existencia de forma libre, sin estar sometido a esa estructura de poder, que puede determinar la posición jurídica frente algún caso concreto por el hecho de pertenecer a la rama del poder público que pueda afectar el ejercicio del cargo, por ejemplo, la forma de vinculación de los jueces en la modalidad de empleos de carrera en el ejercicio del principio de vinculación meritocrática a la carrera judicial (Silva, 2001).

Por último, retomando a Carlos (2015), podemos señalar que el principio de inamovilidad no debe ser cambiado en la actuación

judicial de forma arbitraria, dado que el juez debe conocer los procesos en su integridad para permitir la realización de otros principios, como el de concentración e inmediatez, para conocer la verdad formal o material, esto de acuerdo con los modelos jurídicos penales imperantes en el Estado.

Los anteriores principios realizan el derecho al juez natural, que en materia de delitos es la justicia ordinaria y no la justicia penal militar, dado que esta se ha decantado como una jurisdicción extraordinaria o sujeta al fuero que se activa solo en los casos estudiados precedentemente.

Este principio es reconocido constitucionalmente en Colombia e interpretado por la Corte Constitucional, quien señala que la “propia Constitución [tiene] previsto, como regla general, que el “juez natural” para investigar y juzgar a los autores o partícipes de las conductas punibles son las autoridades judiciales que hacen parte de la jurisdicción penal ordinaria (...)” (Sentencia C-372-16).

Por lo anterior, conceptualizar sobre reglas para determinar la competencia de la justicia penal ordinaria se simplifica en señalar que es una regla general que se respalda en el marco constitucional, debiéndose entender que el juez natural es el que pertenece a la jurisdicción ordinaria.

#### **d. Aplicación de las reglas de competencia de desarrollo normativo y jurisprudencial**

Las reglas normativas son aquellas que se encuentran en la ley 1407 art 2 y 3. Se pueden establecer en dos elementos: uno subjetivo y dos funcional, aquel “consistente en la necesidad de hacer parte de la institución castrense y ser miembro activo de ella” (Corte Suprema de Justicia, 2012), y este, “en la medida que el hecho punible reprochado debe guardar relación con el servicio” (Corte Suprema de Justicia, 2012).

Las anteriores reglas se ven complementadas con una norma de exclusión, que se puede dividir en dos apartados el primero excluye de forma automática los actos de servicio que se vean relacionados con “delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia” (Ley 1094, art. 3).

La segunda regla de exclusión excluye “las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio” (Ley 1094, art. 3). Pero esta regla tiene un vacío o genera una laguna, ¿cómo determinar que un acto es abiertamente contrario a la función constitucional, exceptuando los delitos relacionados con la primera regla? Se plantea que el concepto abiertamente contrario permite una prejudicialidad toda vez que no hay reglas o normas que regulen lo que se considera abiertamente contrario a la función constitucional, y señalar que algo es abiertamente contrario implica un juicio de valor que descalifica el acto de servicio de manera previa, sin que permita la confrontación de la verdad formal en el proceso. Esta ausencia de confrontación afecta la garantía al debido proceso en su elemento de contradicción; no permite la contradicción toda vez que esta contradicción solo se daría en etapa de juicio para confrontar de forma abierta el proceso probatorio.

Para complementar, si un juez ordinario indica que en una situación concreta hubo una conducta típica, pero se excluye la responsabilidad por un eximente, se debe considerar, entonces, que el acto debía ser llevado por un juez penal militar; por ende, se afectó la garantía del juez natural del procesado –hablamos del juez natural del procesado en el marco del fuero penal militar–. Se recuerda que en materia penal el proceso es un límite al “poder punitivo del

Estado” (Corte Suprema de Justicia, 2005), y que el proceso “es un método dialéctico que busca el respeto por las garantías y derechos de quienes en él intervienen, la aproximación a la verdad y la aplicación del derecho sustancial” (Corte Suprema de Justicia, 2005).

El proceso penal, sin distinguir si es militar u ordinario, depende a desarrollar las garantías que facilitan la realización de la justicia. Estas garantías son la base del respeto de los derechos constitucionales que tiene el procesado; por ello, se entiende que el derecho penal al desarrollar las garantías constitucionales desarrolla el mismo derecho constitucional (Maier, 2002), y desconocer estas garantías es afectar la constitución misma.

La garantía del juez natural debería obedecer a la naturaleza jurídica que tiene la persona que está siendo procesada y la relación de los hechos investigados; como pasa en la justicia especial para la paz, en donde, si los hechos se dieron en el marco del conflicto, esta tiene una competencia excluyente de la ordinaria.

La regla de desarrollo jurisprudencial para solucionar los conflictos de competencia entre jurisdicciones es el in dubio pro jurisdicción ordinaria. Este principio requiere un análisis probatorio inicial que podría construir una prejudicialidad en contra del militar activo, entendiendo por prejudicialidad en el factor atinente “al mecanismo de distribución de competencia entre los distintos jueces que conforman el órgano jurisdiccional” (Rojas et al., 2020, p. 367). El establecer que no es clara la relación existente entre el acto del servicio y el hecho investigado antes de la etapa de juicio genera una carga negativa inicial, que per se infiere una responsabilidad velada. Se puede recibir como argumento que la duda no genera responsabilidad; no obstante, en este caso la duda rompe el fuero al que se tiene derecho por la falta de certeza de la relación del servicio con los hechos investigados. La valoración de falta de certeza, es decir, la valoración de las pruebas que arrojan como resultado la



presencia de una duda en la relación del acto del servicio con la conducta típica lleva al militar automáticamente a una jurisdicción que tiene conocimiento de actos no relacionados con el servicio, y el determinar que un acto no tiene relación con el servicio o que este se encuentra en duda implica de primera vista el incumplimiento de funciones constitucionales y legales.

Por lo tanto, se protege el derecho al juez natural en favor de la víctima, pero atentando contra garantías del investigado, sin realizar un juicio de ponderación y afectando la presunción de inocencia. El conflicto que se plantea acá no es víctimas versus investigado, el conflicto planteado es que la aplicación del principio in dubio pro jurisdicción ordinaria pone en situación de prejudicialidad los actos del miembro de la fuerza pública, sin haber realizado un juicio que señale si hubo o no responsabilidad por parte de este en unos hechos concretos, y si este actuar no puede estar cobijado por alguna causal de exclusión de responsabilidad.

El solo hecho de aplicar este principio ya deja en tela de juicio si su actuar es acorde con las funciones constitucionales y legales, cuando lo que se debe investigar es si el hecho en sí mismo implica un delito, y si hay una responsabilidad que no puede ser excluida con eximentes, se debe garantizar el principio de inocencia, esa prejudicialidad lo cercena.

## **Conclusiones**

Entonces, la jurisdicción penal militar, atendiendo los criterios señalados por la corte constitucional, circunscriben la competencia de esta jurisdicción a aquellos actos que no tienen duda y son resultado de la acción en el marco del acto de servicio, es decir, en confrontación directa contra un enemigo plenamente identificado que realizaba una actividad considerada beligerante y lesiva como un ataque o resistencia armados en una operación militar.

Adicionalmente, se tendrá competencia en el marco de aquellas actividades que van en contra del honor militar y los protocolos propios de la disciplina militar.

Las anteriores afirmaciones se sustentan en que, si se realiza una acción militar o policial en el marco de las funciones constitucionales y legales y resultase una persona afectada por lesión o muerte o afectación de cualquier otro derecho o bien jurídico, esta afectación puede entenderse como una vulneración al DIH y sus protocolos, toda vez que en el marco del principio de distinción las personas que no participan del conflicto no se entienden como miembros de grupos beligerantes.

Ahora, si los miembros de la fuerza pública en el marco de sus funciones están acompañando una marcha y se presenta una situación de confrontación con las personas que están ejerciendo el derecho a la protesta, la fuerza pública debe acogerse a los protocolos para evitar que el uso de esta fuerza se desborde y pierda vínculo directo, próximo e inmediato con la situación presentada, toda vez que el rompimiento de estos criterios puede afectar derechos de los ciudadanos; de igual modo, se encuentra que los miembros de las fuerzas armadas en el marco de la protesta que afecta el orden público al usar la fuerza deben limitarla a tal punto que no se genere la afectación de la integridad física y la vida de los manifestantes. Si se llegare a afectar la vida, esto se ve como una extralimitación del servicio, y, al existir condiciones confusas en el contexto de los hechos, se perdería el fuero penal militar, dado que solo se quedarán en la justicia penal militar esos hechos que tienen relación directa con el servicio, no generan duda y no constituyen conductas que se encuadren dentro de los delitos de “tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia” (Ley 1407, artículo 3).

Se puede concluir que el fuero penal militar se va limitando a conocer solo las conductas típicas relacionadas con la actividad castrense, lo anterior en el marco de las reglas creadas vía jurisprudencia, y el principio in dubio pro jurisdicción ordinaria que exige la relación directa entre el acto de servicio y el delito, lo cual lleva a excluir por diferentes factores normativos otras tantas reglas que limitan la activación del fuero penal militar, el cual es de carácter excepcional.

## Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución política de 1991, artículo 221. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Barrero, E. L. (2010). Evolución histórica del fuero militar en Colombia. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, (24), 45-58.
- Carlos Espinosa, A. (2014). El Juez Natural y Jurisdicción Militar. En S. García, O. Islas & M. Peláez (Eds.). *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal* (pp. 349-366). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Chaires Zaragoza, J. (2004). La independencia del poder judicial. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 37(110), 523-545
- Colombia. (1886). Constitución Política de 1886, artículo 170. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1826862>
- Congreso de Colombia. (1931). Ley 84 de 1931, artículo 10. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1790442>
- Congreso de Colombia. (1945). Ley 3 de 1945, artículo 7, numeral 2. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1557685>
- Congreso de Colombia. (2015). Constitución política de 1991, artículo 221. Modificado por el Acto legislativo 1 de 2015. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto\\_legislativo\\_01\\_2015.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2015.html#1)
- Corte Constitucional. Sentencia SU 1184 de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett Expediente: T-282730

- Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente D-1445
- Corte Constitucional. Sentencia C-111 de 2000. Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-2465.
- Corte Constitucional. Sentencia C-040 de 1997. Magistrado Ponente. Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-1369.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-190-2021. Magistrado Ponente. Diana Fajardo Rivera. Expediente T-8.012.707
- Corte Constitucional. Sentencia C-372-16. Magistrado Ponente. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expediente D-11158.
- Corte Suprema de Justicia. (2005). Sala de casación 24026 de 20 de octubre de 2005.
- Corte Suprema De Justicia. (2012). Sala de casación penal. Magistrado Ponente. Javier Zapata Ortiz, Expediente. 33771 Aprobado Acta n.º 343
- Corte Suprema de Justicia. (2019). SP4198-2019 (49222) del 02/10/19 Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera.
- Estados unidos de Colombia. (1861). Decreto 27 de noviembre de 1861, artículo 1. [https://normograma.info/mindef/docs/decreto\\_0027\\_1861.htm](https://normograma.info/mindef/docs/decreto_0027_1861.htm)
- Estados Unidos de Colombia (1863). Constitución Política de 1863, artículo 69. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30020080>
- Estados Unidos de Colombia (1863). Constitución Política de 1863, artículo 71. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30020080>
- Fernández Arroyo, D. P. (2008). Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana. AA. VV., Estudios de Derecho Internacional, Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava, 119. <https://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf>
- Lösing, N. (2011). Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 17, 413-427.
- Maier, J. 2002. Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos, Editorial Del Puerto, Buenos Aires. En: Corte Suprema de Justicia, (2005) Sala de Casación 24026 de 20 de octubre de 2005.

- Perilla Granados, J. S. A. (2015). Alineación iusteórica de las fuentes del derecho comercial. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47690/alineacion-iusteorica-fuentes-derecho-comercial.pdf?sequence=1>
- Pozo, N. (2019). Reflexiones en relación con los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia y la imparcialidad del árbitro. *Cadernos de Dereito Actual*, (11), 141-160.
- Presidencia de Colombia. Decreto 2550 de 1988, artículo 14. Recuperado de: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1463049>
- Rojas Cárdenas, J. A., Pino Andrade, E. E., Andrade Santamaría, D. R., & Silva Montoya, O. F. (2020). La prejudicialidad y su aplicación procesal en la legislación ecuatoriana. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(5), 366-375.
- Sáez Martín, J. (2015). Los elementos de la competencia jurisdiccional. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 22(1), 529-570. <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v22n1/art14.pdf>
- Silva, G. (2001a). *El Mundo Real de los Abogados y de la Justicia: Las prácticas Jurídicas*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.