REPÚBLICA DE COLOMBIA

GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIII - Nº 370 | Bogotá, D. C., jueves, 24 de julio de 2014 | EDICIÓN DE 32 PÁGINAS

DIRECTORES: GREGORIO ELJACH PACHECO, SECRETARIO GENERAL DEL SENADO, www.secretariasenado.gov.co — JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO, SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA, www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 08 DE 2014 SENADO

por el cual se modifica el artículo 20 de la Constitución Política, se establece el acceso a banda ancha en internet como derecho fundamental y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 20 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, disponer de acceso a banda ancha en internet y fundar medios masivos de comunicación.

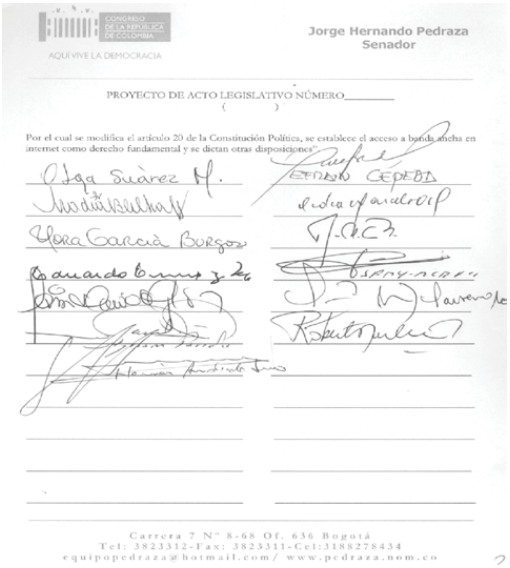
Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Parágrafo Transitorio. En un término no mayor a seis meses, a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, el Gobierno Nacional presentará el proyecto de reglamentación correspondiente.

Artículo 2°. *Vigencia*. El presente acto Legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

Presentado por:

JORGE HERNANDO PEDRAZA
Senador


CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Jorge Hernando Pedraza
Senador

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO_____
( )

Por el cual se modifica el artículo 20 de la Constitución Política, se establece el acceso a banda ancha en internet como derecho fundamental y se dictan otras disposiciones"

Carrera 7 Nº 8-68 Of. 636 Bogotá
Tel: 3823312-Fax: 3823311-Cel:3188278434
equipopedraza@hotmail.com/ www.pedraza.nom.co

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Como contribución cierta al reconocimiento de los ciudadanos como personas en un mundo globalizado y de vertiginosa transformación, consecuencia de la revolución tecnológica que enfrenta y, de la misma manera, como aporte efectivo para la creación de condiciones que conviertan al nuestro en un país competitivo y productivo se propone el establecimiento de la banda ancha en Internet como Derecho Fundamental.

Sea lo primero recordar que en la "Declaración Conjunta de Libertad de Expresión e Internet" de la ONU y OEA, se afirmó que internet juega un rol fundamental para el desarrollo de la libertad de expresión y que es una herramienta esencial tanto para la defensa de todos los demás derechos como

elemento fundamental y angular de la democracia, pues no sólo es un medio que permite a miles de millones de personas en todo el mundo expresar sus opiniones, sino que a la vez incrementa significativamente su capacidad de acceder a información, fomenta el pluralismo y la divulgación de información[1].

Esta pretensión se comprende mejor con las consideraciones y referencias que a continuación se consignan.

LA REVOLUCIÓN DE LAS TIC

No cabe duda, como lo afirman Muñoz y Núñez (2009), que las TIC, han transformado el mundo en un corto periodo de la historia, han eliminado fronteras, disminuido distancias, conectado el planeta de manera tal que en milésimas de segundo las personas se pueden comunicar entre sí desde cualquier parte, dando lugar, de esta manera, a la globalización, entendida como "el o los procesos que encarnan el cambio en la organización espacial de las relaciones y transacciones sociales, generando flujos y redes transcontinentales e interregionales de actividad, interacción y ejercicio del poder…" (Brunner, 2000)

Con razón se indica en la Introducción del Plan Nacional de TIC que "el desarrollo de las TIC ha desencadenado un cambio estructural en el ámbito productivo y social de las sociedades modernas. Y no es para menos: su uso ha implicado una revolución que ha transformado la forma como se produce, divulga y utiliza la información en la sociedad" (Ministerio de Comunicaciones – Plan TIC, 2008, p. 3).

Las TIC pueden definirse como el conjunto de procesos y productos derivados de las nuevas herramientas tecnológicas, informáticas y digitales que han sido producidas por el mercado en la sociedad actual a consecuencia de fenómenos como la globalización y por las características inherentes a estas, entre las cuales se pueden mencionar: interacción, inmediatez, innovación, digitalización, automatización, interconexión, diversidad y altos parámetros de calidad de multimedia. De la misma manera, pueden ser presentadas como medios y productos socioculturales que responden a cambios de orden planetario en diferentes aspectos instrumentos técnicos que se basan en la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones que interactúan y se interconectan para permitir conseguir nuevas realidades comunicativas y educativas" (Cabero, 2005).

Estas herramientas han producido entre otras, tres grandes transformaciones. La primera es la generación de nuevos patrones de interacción social. La segunda, irrumpe en el sector productivo con la redefinición de la forma como las empresas se relacionan con sus clientes y de los procesos de distribución y mercadeo, de las formas de participación y de los estilos de gerencia. La tercera, se refiere a la transformación en *la educación y la cultura,* pues las TIC ofrecen nuevas posibilidades pedagógicas, nuevo conocimiento y accesos a entornos educativos virtuales que llevan a repensar el proceso de aprendizaje.

La relación entre Estado y las TIC se pueden expresar desde dos dimensiones. Por un lado, la promoción de sociedades de la información con un enfoque de *crecimiento económico con equidad* y por otro, la transformación del Estado buscando mayor *transparencia y eficiencia* lo cual dan lugar a agendas de política que se pueden integrar en lo regional (Cepal, Europeaid, 2005, junio).

Precisamente, uno de los desarrollos más impactantes de las TIC y de la globalización ha sido la Sociedad de la Información que, según Castells (2005), es una forma específica de organización social en la que generación, procesamiento y transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y del poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que aparecen en este periodo histórico. Pero, también la Sociedad de la Información puede entenderse como un conjunto de redes económicas y sociales que producen, acumulan e intercambian información de forma rápida y de bajo costo, mediante tecnologías digitales, incidiendo de manera determinante sobre las esferas económica, política, social y cultural (Bangemann Report, 1994).

En el contexto de América Latina la difusión de las TIC ha tenido progresos con impactos en el sector público, la economía, la sociedad, la cultura y en su integración a la economía mundial.

LA CONTUDENCIA DE LA BANDA ANCHA

Uno de los productos de las TIC, sin duda el principal, es el de banda ancha en internet. La Unión Internacional de Telecomunicaciones la define como una "capacidad de transmisión más rápida que la velocidad primaria de la red digital de servicios integrados a 1,5 o 2 Mpbs"[2]. En Colombia, a su turno, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, hoy CRC, la definió como "la capacidad de transmisión cuyo ancho de banda es suficiente para permitir, de manera combinada, la provisión de voz, datos y video, ya sea de manera alámbrica o inalámbrica. Para efectos de la

1 Declaración Conjunta de Libertad de Expresión e Internet, del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) de fecha 1 de junio de 2011. Disponible en la página web:
http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=849&lID=2

2 Citado en "El papel de las TIC en el desarrollo: una propuesta para América Latina a los retos económicos actuales".

comercialización, debe tenerse en cuenta que una conexión será considerada banda ancha solo si las velocidades efectivas de acceso cumplen los siguientes valores mínimos:

Sentido de la conexión	Velocidad efectiva mínima
ISP hacia usuario o "Downstream"	1024 Kbps
Usuario hacia ISP o "Upstream"	512 Kbps

*En caso de los accesos satelitales la relación Downstream/Upstream3 es de 1024 Kbps /256 Kbps"4.

En la rueda de prensa inaugural del Foro sobre la Cumbre Mundial de la Sociedad de Información 2010, realizada el 10 de mayo de 2010 en Ginebra, Suiza, el Secretario General de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, UIT, Hamadoun Touré, afirmo que: "en el siglo XXI, las redes de banda ancha asequibles y ubicas resultarán tan esenciales para la prosperidad económica y social como las redes de transporte, agua y electricidad". Agregó que "la banda ancha no sólo aporta beneficios a todos los sectores de la sociedad, sino que también promueve el desarrollo social y económico, y será un factor clave para ayudarnos a alcanzar los Objetivos del Milenio".

De la misma manera la Comisión de la banda ancha para el Desarrollo Digital, publicó su informe de resultados llamado "Un imperativo de liderazgo para el 2010: el futuro construido sobre la Banda ancha" en el que asegura que "la banda ancha servirá como la fuente de innovación del mañana. Esta representa la madurez de la revolución digital, cuyos frutos aún deben inventarse o incluso imaginarse" y animan a fomentar su desarrollo, pues destacan que la banda ancha tiene el poder para "conectar los silos de la salud, la educación, la energía, el transporte, el medio ambiente y otros sectores clave".

Según la Asociación Colombiana de Ingenieros (ACIEM) está demostrado que en los países que incrementan en penetración de accesos o conexiones de banda ancha en un diez por ciento (10%), generan productividad en la economía y también propician el empleo, mejoran el clima para el desarrollo de negocios, favorecen la inclusión social y elevan la calidad de vida de los ciudadanos[5].

Para la misma ACIEM es preocupante la situación de Colombia, pues ocupa una posición retardada e intermedia en comparación a los demás países latinoamericanos, dado que presentan un estancamiento de la prestación de este servicio pues cada vez se reduce más el porcentaje de incremento de Banda ancha. En este estudio señalan que "A diciembre de 2009, Colombia tuvo una penetración del 4.8% (accesos por cada 100 habitantes), cifra que está por debajo de países como Argentina y Chile que rondan el 10%, inferior de la media de América Latina que es del 7.1% y mucho más lejano de la media de toda América que está en el 15%, incluyendo a Estados Unidos y a Canadá". Por lo tanto, según ACIEM es prioritario y urgente que Colombia siga "la tendencia mundial de los países que han comprendido la importancia de la masificación de la banda ancha para impulsar la economía[6]".

Datos recientes revelan que en el primer trimestre de 2011, Colombia alcanzó una cifra de 5.054.877 suscriptores a Internet fijo y móvil, de los cuales 3.654.884 son suscriptores de Internet banda ancha y 1.399.993 corresponden a conexiones con velocidad efectiva de bajada (downstream) fija < 1.024 Kbps + Móvil 2G[7].

	Banda ancha	Demás conexiones	Total
1 trimestre 2011	3.654.884	1.399.993	5.054.877
4 trimestre 2010	3.073.948	1.310.233	4.384.181
1 trimestre 2010	2.132.629	1.177.323	3.309.952

Fuente: Datos reportados por los proveedores de redes y servicios al SIUST8.

De acuerdo con lo revelado por el Ministerio de TIC en el Boletín trimestral de las TIC Conectividad, la cifra de 3.654.884 suscripciones a Internet Banda ancha, que alcanzó Colombia en marzo del 2011, tal como lo muestra la tabla anterior, representa un crecimiento de 18,9% con relación al cuarto trimestre de 2010 y de un 71,4% con respecto al primer trimestre de ese mismo año. Por otro lado, las demás suscripciones a Internet fueron de 1.399.993, con un crecimiento de 6.9% con respecto al cuarto trimestre de 2010 y con relación al primer trimestre de 2010 de 18.9%. En el mismo Boletín se indica que las suscripciones a Internet banda ancha están en un 61.4% compuestas por suscriptores a Internet fijo dedicado y por un 38.6% a Internet móvil 3G. En lo concerniente a las otras conexiones, la composición es de un 56.2% a móviles 2G, 42.2% a Internet fijo dedicado y un 1.6% a Internet fijo conmutado.

3 Hace referencia a dos sentidos de la comunicación, ascendente (upstream – del usuario al proveedor) y descendente (downstream – del proveedor al usuario).

4 Comisión de Regulación de Comunicaciones, Resolución 3067 de 2011 "por la cual se definen los indicadores de calidad para los servicios de telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones", publicada en el ***Diario Oficial*** número 48.073 de 18 de mayo de 2011.

5 Asociación Colombiana de Ingenieros. Recomendaciones para la masificación de la banda ancha, fija y móvil en Colombia. Resumen Ejecutivo, 2010.

6 Ibídem Asociación Colombiana de Ingenieros.

7 Boletín trimestral de las TIC Conectividad. Cifras primer trimestre de 2011. Ministerio de Tecnologías de la Información y la Comunicaciones. junio de 2011. Disponible en la web: http://www.mintic.gov.co/images/documentos/indicadores_sector/Boletin1T_2011junio22%28UV%292.pdf

8 Citado en el documento Boletín trimestral de las TIC Conectividad.

CONTEXTO INTERNACIONAL

Vistas las anteriores cifras y consideraciones, se hace necesario analizar el contexto internacional para lograr el necesario propósito de inclusión de los ciudadanos a los servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Actualmente la discusión se encuentra centrada en el modelo que se va a utilizar. Por ejemplo, en Estados Unidos actualmente se está desarrollando el Plan Nacional de Acceso a Internet o NBP, un plan agresivo en cuanto a inversiones y en cuanto a capital humano comprometido.

El Gobierno Obama se propuso seis grandes metas a largo plazo consignadas en el Capítulo 2 del documento, con la propuesta de "100 millones a 100 megas" a la cabeza. La gran promesa pasa por esos 100 millones de hogares que estarán conectados a una velocidad de descarga real de al menos 100 megas en 2020. Con una meta provisional de que el 80% de los hogares tengan líneas de banda ancha de al menos 50 megas en 2015.

Vale la pena señalar que en Colombia la conectividad que se presta es de 520 kb en su mayoría y en algunas zonas, principalmente grandes centros urbanos, a 2 megas.

Así mismo, en Europa el borrador de la Agenda Digital contempla como objetivo para 2020 que todos los europeos tengan acceso a internet a una velocidad de al menos 30 megas y que el 50% de los hogares disponga de una conexión por encima de los 100 megas. Para lograrlo, la Comisión Europea propone que las autoridades nacionales elaboren y desarrollen planes de despliegue de red con objetivos de cobertura y velocidad específicos, a los que podrán destinar dinero público sin infringir las normas comunitarias sobre ayudas de Estado. La intervención pública, según la Comisión Europea, resultará imprescindible para garantizar el despliegue de redes ultrarrápidas.

Sin embargo, países con menos recursos (Australia espera invertir 31.000 millones de Euros) han volcado sus esfuerzos en promocionar el despliegue de las redes a través de inversiones directas (muy bajas en realidad) e incentivos indirectos para el desarrollo privado, llevar a los ciudadanos al mundo de las tecnologías de la información.

Y, ¿cómo están países cercanos al nuestro? es un interrogante que debe absolverse aquí. Teniendo como referencia el Informe de DIRSI "Desarrollo de la banda ancha en la región andina – estudio comparativo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú" de febrero de 2011 se puede señalar que en Bolivia y Ecuador se ha buscado dar al Estado un rol preponderante en las políticas para el desarrollo económico y social, lo que ciertamente incluye la Banda ancha, sin embargo, estos esfuerzos han sido limitados.

En Bolivia existen iniciativas como el Plan Nacional de Desarrollo, que por su generalidad no resuelve los temas de políticas de banda ancha. Lo único relacionado a Internet es el proyecto de instalación de tele-centros que incluye este plan, pero para éste, como para la mayoría de proyectos, no se indica la fuente de financiamiento del mismo. Lo más cercano a una política para el desarrollo de la banda ancha se encuentra en el Plan Nacional de Inclusión Digital, que viene elaborándose desde 2007, pero aún no está listo. Los componentes de la propuesta de 2007 incluyen: telecentros comunitarios, gobierno electrónico, comercio electrónico, entre otros.

En Ecuador se observa un interés ligeramente superior al de Bolivia en términos de políticas de Banda ancha. Así, de acuerdo con Albornoz y Agüero (2010), las políticas públicas sobre Internet tienen su origen en dos resoluciones del Conatel (Consejo Nacional de Telecomunicaciones), la 379 y la 380 del año 2000. La primera aprueba el Plan de Desarrollo de las Telecomunicaciones, que propone como política de Estado fomentar la difusión de Internet como prioridad nacional. La Resolución 380, por su parte, declara como política de Estado el acceso universal y el servicio universal dentro de los servicios de telecomunicaciones, e impulsar la promoción del uso de la red de Internet como herramienta de desarrollo cultural, social, político y económico del Estado ecuatoriano.

Asimismo, en el área de "Inclusión social: telecomunicaciones para todos", el Plan propone metas específicas de Internet:

• Proveer de Servicio de Internet en el 100% de establecimientos educativos fiscales (4.924 establecimientos) y el 55% de establecimientos rurales (4.396 establecimientos) = 9.320 establecimientos conectados con Internet gratuito.

• Proveer el Servicio de Internet a 1.417 centros de salud públicos (50%).

• Proveer el Servicio de Internet en 450 cooperativas rurales registradas.

• Proveer de telecentros a 60 centros de rehabilitación social (100%)".

En Perú debe destacarse el trabajo de la Comisión para el desarrollo de la banda ancha, que dedicó uno de sus documentos a la identificación de las barreras que impiden su desarrollo. Estas explicarían lo que muestran los diferentes indicadores, es decir, que Perú se encuentra rezagado respecto a los otros países de la región en lo referido al acceso a servicios de telecomunicaciones. En primer lugar, la Comisión menciona las barreras para el despliegue de redes de transporte. Por ejemplo, hay una alta concentración de las redes de transporte o de la red dorsal de fibra óptica en la Costa, mientras que las regiones de la Sierra y la Selva no se encuentran cubiertas. En el ámbito legal, hay limitaciones en lo referido al uso compartido de infraestructura de otros sectores para el desarrollo de servicios de telecomunicaciones o para implementar la obligatoria compartición de infraestructura, mandada por el Decreto Supremo

número 024-2007-MTC que promueve la eficiencia de las inversiones del Estado en carreteras para coadyuvar al despliegue de infraestructura de telecomunicaciones.

COLOMBIA, PASO ADELANTE

Si bien es cierto las suscripciones de banda ancha aumentaron en el período marzo 2010 a marzo 2011 en un 71,4%, la cifra real que tal circunstancia representa es mínima para superar la amplia brecha digital internacional que hoy registra Colombia, pues el crecimiento de los otros países en la materia ha sido significativo y constante. Además, ese aumento de suscripciones de banda ancha en Colombia no es producto de políticas estatales, sino de la fuerza del mercado. El Gobierno Nacional en los últimos nueve años no ha sido propositivo, sino reactivo en materia de respaldo y promoción de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ya que el desarrollo de estas no se ha dado como consecuencia de inversiones oficiales, pues han sido exiguas, mientras el porcentaje del capital privado ha sido elevado; de otra parte, los estímulos tributarios han sido poco o nada significativos.

Colombia debe enfrentar con decisión los retos de desarrollo que le impone el mundo globalizado. Por eso, debe ser aventajado en tomar medidas que garanticen avance social y económico, consolidando el derecho básico de las libertades que es el de la expresión:

Internet sin banda ancha es una herramienta insuficiente para acometer los desafíos del mundo globalizado. La banda ancha es esencial para garantizar un desarrollo digno del ser humano en las nuevas circunstancias de la Sociedad de la Información. Estudios han demostrado que existe una relación directa entre el desarrollo de comunicación y el nivel de competitividad de un país, por lo que se ha afirmado que las sociedades de información dependen directamente de su comunicación para aumentar su competitividad[9]. También es oportuno reiterar que "la inversión en telecomunicaciones resulta en la reducción de costos de transacción e incertidumbre en el manejo de información, lo que incrementa la eficiencia de los mercados y de las empresas, generando suficientes externalidades de red para impactar en el desarrollo económico"[10].

De las bondades de la banda ancha el actual Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Diego Molano Vega, es un convencido. En un boletín del Ministerio de Comunicaciones correspondiente al mes de agosto del 20011, Molano Vega afirma que "con el crecimiento de la banda ancha en el país disminuimos la brecha digital que por años ha existido en Colombia. La banda ancha es sinónimo de educación, oportunidades y progreso para cada colombiano".

9 Ibídem. El papel de las TIC en el desarrollo. Pág.16.

10 Ibídem. El papel de las TIC en el desarrollo. Pág.15.

Así mismo, el Ministro Molano en su cuenta de Twitter el 13 de agosto de 2011escribió: "71,4% creció la banda ancha entre marzo de 2010 y marzo de 2011. Más oportunidades de progreso para los colombianos".

Por supuesto, la declaratoria del acceso de banda ancha como derecho fundamental implica esfuerzos significativos para el Estado Colombiano en materia financiera y administrativa. Por eso, en la iniciativa se contempla el diseño y desarrollo, por parte del Gobierno Nacional, de un Plan Nacional de Banda Ancha.

Por lo ya señalado, establecer en Colombia la banda ancha como Derecho Fundamental es dar un paso adelante en el crecimiento personal y en el progreso y desarrollo integral de los colombianos.

BIBLIOGRAFÍA

Brunner, J.J. (2000, 23 al 25 de agosto). Globalización y el futuro de la educación: tendencias, desafíos, estrategias. Conferencia escrita del Seminario sobre Prospectiva de la Educación en la Región de

América Latina y el Caribe. (p.3). Santiago de Chile, Chile.

Cabero Almenara, J. (2005) Impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones educativas. Recuperado el 20 de octubre de 2007 de: http://www.tecnologíaedu.us.es/bibliovir/pdf/75.pdf

Castells, M. (2005). La era de la información, economía sociedad y cultura: la sociedad de la red. (6ª Ed.) Madrid, España.: Siglo XXI editores.

Muñoz Henry Alfonso y Núñez Valero José Gustavo. Caracterización de políticas públicas en TIC aplicadas a la educación en Colombia. Tesis para optar grado de maestría. Universidad de la Salle, Bogotá, 2009.

JORGE HERNANDO PEDRAZA
Senador

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2014

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2014 Senado *"por el cual se modifica el artículo 20 de la Constitución Política, se establece el acceso a banda ancha en internet como derecho fundamental y se dictan otras disposiciones",* me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por los honorables Senadores Jorge Hernando Pedraza, Olga Suárez Mira, Nhora García Burgos, Eduardo Enríquez Maya, Nidia

Marcela Osorio, Roberto Gerlein Hernán Andrade, Juan Manuel Corzo, Efraín Cepeda, Nadia Blel Scaf. La materia de qué trata el mencionado Proyecto de Acto Legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

julio 20 de 2014

De conformidad con el informe de Secretaria General, dese por repartido el Proyecto de Acto Legislativo de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la ***Gaceta del Congreso.***

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

José David Name Cardozo.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

* * *

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 09 DE 2014 SENADO

Por medio del cual se crea un Tribunal Nacional pro témpore para la fuerza pública.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Introdúcese en el texto de la Constitución Política de Colombia un artículo que llevará el número 235 A, del siguiente tenor:

Créase un Tribunal Nacional *pro témpore* para la Fuerza Pública que sesionará durante doce años y tendrá como función principal, a solicitud de la parte interesada, la de revisar, en única instancia, las sentencias condenatorias proferidas por los tribunales ordinarios contra los miembros de la Fuerza Pública, por eventuales delitos cometidos en servicio activo y con ocasión del mismo, a partir del 1° de enero de 1980.

A tal efecto, este Tribunal deberá proferir las sentencias definitivas de reemplazo a que haya lugar en cada uno de los casos y actuará como máximo organismo judicial de cierre en relación con los procesos actualmente en curso y en tratándose del mismo tipo de delitos.

Artículo 2°. Introdúcese en el texto de la Constitución Política de Colombia un artículo que llevará el número 235 B, del siguiente tenor:

Los integrantes del Tribunal Nacional pro tempore para la Fuerza Pública, quienes deberán tener una hoja de vida intachable y comprobadas capacidades académicas en materia jurídico-penal, deberán reunir las mismas calidades señaladas en el artículo 232 y recibirán igual remuneración que los funcionarios allí indicados.

No obstante, no podrán formar parte de dicho organismo quienes, a cualquier título, se hayan desempeñado o sean magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, los Tribunales Superiores de Distrito judicial u organismos equivalentes, o quienes hayan sido o se desempeñen como Fiscales o Procuradores delegados ante dichos organismos.

Los Magistrados escogidos para integrar el Tribunal Nacional *pro témpore* para la Fuerza Pública, serán designados para cumplir períodos personales de cuatro años improrrogables.

Artículo 3°. Introdúcese en el texto de la Constitución Política de Colombia un artículo que llevará el número 235 C, del siguiente tenor:

El Tribunal Nacional pro tempore para la Fuerza Pública estará integrado, de forma permanente, por un número de nueve magistrados, formará parte de la rama judicial del poder público y gozará de autonomía administrativa y presupuestal.

Dicho Tribunal estará conformado por triadas escogidas por los decanos titulares de las veinte facultades de Derecho con mayor número de estudiantes matriculados de las universidades públicas y privadas de país, acorde con la certificación expresa que al respecto emita el Ministro de Educación Nacional; los colegios de abogados; y los oficiales de la Fuerza Pública en uso de buen retiro.

Artículo 4°. Introdúcese en el texto de la Constitución Política de Colombia un artículo que llevará el número 235 D, del siguiente tenor:

Para el cabal desarrollo de sus funciones, el Tribunal Nacional pro tempore para la Fuerza Pública operará con base en los principios de independencia, oralidad, celeridad, concentración y economía procesal y probatoria; además, emitirá las sentencias de reemplazo o las que pongan fin a las actuaciones correspondientes, contra las cuales no procederá recurso alguno y serán de ejecución inmediata.

En la actuación se observarán los principios de legalidad y dignidad de la persona humana y demás postulados que, al limitar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, conforman el programa penal de la Constitución.

El Sistema Nacional de Defensoría Pública adscrito a la Defensoría del Pueblo, de forma

prioritaria y oportuna, velará sin falta por la pronta y eficaz representación de los intereses de los procesados o condenados de que tratan los artículos anteriores, que así lo soliciten.

Artículo 5°. Introdúcese en el texto de la Constitución Política de Colombia un artículo que llevará el número 235 E, del siguiente tenor:

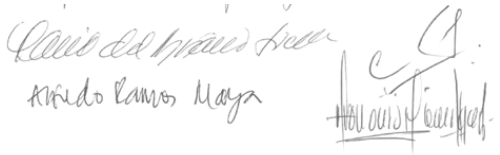
Los miembros de la Fuerza Pública que al momento de expedirse el presente acto legislativo estén descontando pena privativa de la libertad en relación con los delitos mencionados en el artículo 235A, serán amparados con la sustitución de la misma por la sanción de prisión domiciliaria, sin perjuicio de los demás beneficios a que tengan derecho.

Quienes en dicho momento estén o lleguen a ser procesados por esos delitos serán puestos en libertad provisional hasta que el Tribunal Nacional pro tempore para la Fuerza Pública, emita sentencia en firme y definitiva.

En cualquier caso, las condenas emitidas por dicho Tribunal deberán purgarse en los sitios de reclusión asignados para tal efecto.

Artículo 6°. Una ley reglamentará las diversas materias sobre las cuales versan los artículos anteriores, en especial las atinentes a la conformación, constitución y organización del Tribunal Nacional *pro témpore* para la Fuerza Pública, su planta logística y administrativa, y el procedimiento que debe gobernar las distintas actuaciones judiciales.

Artículo 7°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El fundamento de la paz es la justicia. Y la justicia, según la clásica definición romana, es darle a cada quien lo que le corresponde. En su larga lucha contra el terrorismo las Fuerzas Militares de Colombia han hecho los más grandes sacrificios que les demanda su misión. En el desarrollo de esa lucha heroica algunos de sus miembros han cometido desafueros y abusos, que deben ser castigados. Pero otros han sido víctimas de falsas acusaciones y montajes, o de decisiones judiciales que no les han hecho plena justicia.

El país está en deuda con sus Fuerzas Militares. Es necesario hacer un alto en el camino para que a todos los miembros de las Fuerzas Militares involucrados en procesos judiciales derivados de sus actos del servicio, esto es, de operativos militares lícitos contra los grupos armados irregulares, se les brinden garantías plenas para que accedan a una justicia que en muchas ocasiones les ha sido esquiva.

El país ha sido testigo de la crisis de la justicia en las últimas décadas. Esa crisis se ha manifestado en los problemas de acceso, de prontitud, de eficacia investigativa, y, en ocasiones, de neutralidad e independencia de algunos jueces y fiscales. Los miembros de las Fuerzas Militares han padecido en carne propia esa crisis de nuestro sistema judicial, que en muchas ocasiones no ha procesado con la prontitud y la ecuanimidad debidas muchos de los centenares de casos que han involucrado judicialmente a sus miembros, en el curso de acciones en las que el uso legítimo de la fuerza del Estado pudo haberse descontrolado, de manera cierta o no suficientemente aclarada.

El país no puede pasar definitivamente la página de la violencia terrorista dejando en su pasado un enjambre de dudas sobre si la actuación de muchos miembros de sus Fuerzas Militares fue lícita o estuvo por fuera de la ley. Tampoco tendría el país su conciencia tranquila en su trasegar hacia la normalidad si quedara pendiente la incertidumbre sobre si se condenó a gente inocente o se absolvió a algunos culpables. Para darle a cada quien lo que le corresponde, según la concepción clásica de justicia, es necesario adoptar medidas extraordinarias y transitorias que le garanticen al país que no quedaron cuentas pendientes de equidad y justicia en lo que se refiere al desempeño de sus Fuerzas Militares en la lucha contra el terrorismo.

En primer lugar, a los miembros de la Fuerza Pública hay de darles la oportunidad de defenderse en libertad. Los miembros de la Fuerza Pública colombiana hacen parte de una fuerza armada institucional, que siempre ha estado sometida y ha sido obediente al poder civil, que nunca ha tenido como política institucional la violación de los derechos humanos, sino el respeto a la legalidad. Por esta razón, nuestra Fuerza Pública nunca podrá compararse con ejércitos de otros países que en determinados momentos de su historia se levantaron contra el poder legítimo del Estado, o que hicieron de la guerra sucia su principal forma de combatir el terrorismo. En estos casos extremos podría pensarse de una confabulación colectiva e institucional para violar la ley y los derechos humanos, y por tanto los integrantes de esos ejércitos serían sospechosos, desde el mismo inicio de los procesos judiciales, de haberse asociado para delinquir. En estos casos específicos su organización jerárquica institucional sería asimilable a una maquinaria para ejecutar unas políticas que estaban definitivamente por fuera de la legalidad.

El demostrado apego institucional de la Fuerza Pública de Colombia a la legalidad, su inviolado sometimiento al orden constitucional, y su reconocida preocupación por el tema de los derechos humanos, que la ha llevado a convertirse en modelo para el mundo en el diseño y aplicación de políticas y programas masivos de pedagogía y aplicación operacional de los principios del Derecho

Internacional Humanitario, son razones suficientes para dar por sentada de antemano la buena fe y el respeto a las normas por parte de todos sus integrantes en su desempeño operacional. En toda su estructura jerárquica hay un permanente compromiso con la transparencia y con el respeto a la legalidad, que permea a la totalidad de la institución.

Por las anteriores razones, y porque es una garantía elemental del debido proceso, el respeto a la presunción de inocencia de sus integrantes, cuando estos son llamados ante estrados judiciales, debe ser un derecho sagrado e invulnerable. Creemos, además, que este derecho debe ser acompañado de la posibilidad de poder defenderse en libertad, claro está, con condiciones. Efectivamente, quienes han entregado su vida al servicio de los demás dentro de una institución apegada a la Ley, y han estado dispuestos a hacer el máximo sacrificio por defender las libertades de sus compatriotas, deben tener la posibilidad de mantener su libertad mientras son juzgados por los jueces de la República.

Por supuesto que esa libertad provisional debe estar condicionada a cumplir con determinados requisitos que deberán ser reglamentados. Por ejemplo, no salir del país; presentarse cumplidamente a las audiencias; no infringir la ley; y estar siempre dispuesto a atender los requerimientos de las autoridades. De esta manera, todos los militares y policías que al momento de la aprobación de la presente reforma constitucional estuviesen siendo juzgados por delitos relacionados con el servicio y por esta razón hayan sido privados de su libertad, deberán ser puestos en situación de libertad provisional a la espera de un fallo definitivo sobre su caso respectivo.

De otra parte, para que prevalezca la justicia, es necesario enmendar los errores que se pudieron haber cometido, tanto por parte de la justicia ordinaria como de la Justicia Penal Militar, en el juzgamiento de miembros de la Fuerza Pública por hechos relacionados con el servicio. Para ello es procedente establecer un Tribunal *pro témpore* que, a solicitud de los interesados, revise las sentencias que se han proferido durante los últimos años, a partir del 1 de enero de 1980. En dicha revisión se analizarán los aspectos procedimentales, probatorios y sustanciales que dieron origen a la sentencia, y ésta última podría ser modificada en caso de que se encuentren razones suficientes para ello, o mantenerse en firme en caso contrario.

En efecto, el fuero penal militar ha tenido muchos cambios durante los últimos años, y hoy es prácticamente inexistente, cuando se trata de aplicar a delitos cometidos en el desarrollo de operaciones militares. Esos cambios de doctrina jurídica del país han traído como consecuencia que la justicia ordinaria haya tenido que hacerse cargo de muchos procesos judiciales derivados de operaciones militares. Es sabido que esa justicia no es especializada en asuntos militares, que sus jueces no son duchos en asuntos de estrategia y táctica militar, que son legos en lo que se refiere a la aplicación legítima de la fuerza del Estado en situaciones de gravedad crítica, porque no han recibido una capacitación suficiente en esos asuntos. Desafortunadamente, también hay que agregar que algunos jueces y fiscales civiles tienen un prejuicio, una animadversión contra la Fuerza Pública derivada de la prevalencia de ciertas tendencias ideológicas en algunas facultades de ciencias jurídicas del país, que les impide a ellos el abordaje objetivo, neutral e independiente de procesos relacionados con el uso de la fuerza letal del Estado en circunstancias en las que grupos armados organizados con capacidad letal ponían en peligro la estabilidad institucional y el orden público del país.

Son muchos los casos que ejemplifican estas fallas de la justicia frente a procesos que involucran a miembros de la Fuerza Pública por operaciones militares contra el terrorismo, en las que supuestamente hubo violaciones de la ley. El caso del Palacio de Justicia, ocurrido en el mes de noviembre de

1985, y que casi después de treinta años de ocurrido, no ha sido suficientemente esclarecido ni resuelto judicialmente, es paradigmático en cuanto al precario acceso a la justicia por parte de los miembros de la Fuerza Pública. Según muchos estudiosos e incluso magistrados que han estado relacionados con el caso, han sido muchas las irregularidades que desafortunadamente la justicia ordinaria no ha podido evitar ni corregir en el procesamiento judicial a algunos militares implicados en los hechos. Elementales derechos procesales, como la presunción de inocencia, la validación de pruebas, o la confrontación de testigos, no han tenido la suficiente consideración por parte de algunos fiscales y jueces relacionados con el caso. Un coronel en uso de buen retiro, Alfonso Plazas Vega, lleva siete años privado de su libertad en forma precautelar sin que los jueces hayan dictado aún una sentencia definitiva.

El caso del General Humberto Uscátegui es otro ejemplo de fallas protuberantes de la justicia civil en el juzgamiento de militares. A pesar de la abrumadora cantidad de pruebas que demuestran que dicho oficial no tenía jurisdicción sobre la zona donde se presentaron hechos delictivos y criminales por parte de grupos irregulares, ese alto oficial fue condenado por omisión a muchos años de cárcel, mientras los que tenían verdadera responsabilidad y capacidad para haber actuado y no lo hicieron, lograron manipular a jueces y fiscales para salvar el pellejo inculpando a gente inocente que a la postre fue condenada.

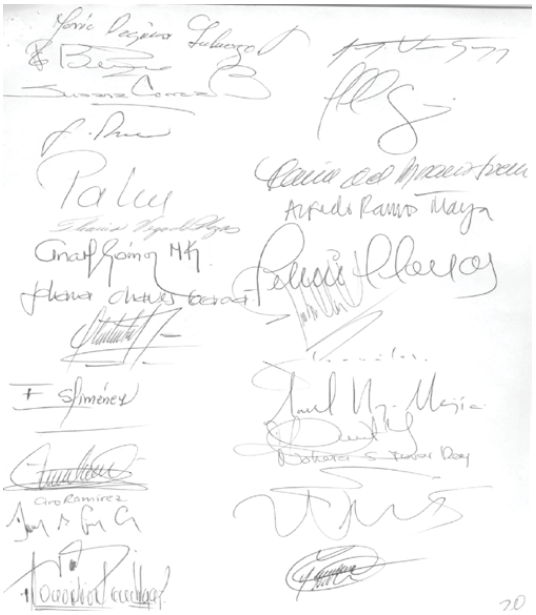
Estos son tal vez los casos más visible y reconocidos de falencias de la justicia ordinaria en el juzgamiento de hechos militares. Pero se podrían contar por decenas los casos de militares y policías anónimos a quienes el sistema judicial no les ha impartido la justicia debida. Tanto los casos más reconocidos como los que han sido totalmente ignorados por el gran público, merecen una revisión

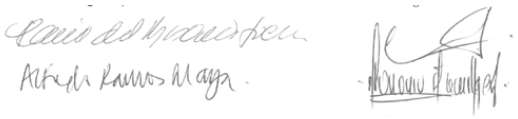
por jueces imparciales e idóneos, asesorados por equipos técnicos y especialistas, para que en juicios orales y sumarios se esclarezca la verdad y se diluciden las responsabilidades.

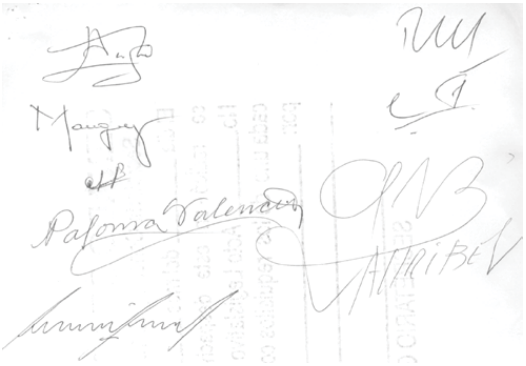
De ninguna manera este proyecto de reforma constitucional trata de favorecer la impunidad. No busca ni amnistías, ni indultos, ni rebajas de penas para quienes efectivamente resulten responsables de delitos. Por el contrario, busca que de forma extraordinaria se administre plena justicia a quienes, al igual que todos los ciudadanos, la merecen pero no la han alcanzado debido a las circunstancias excepcionales que ha vivido el país durante las últimas décadas.

De igual forma, esta iniciativa es independiente de la suerte que tengan las negociaciones de paz con los grupos terroristas. No busca ninguna clase de simetría o balance con respecto a los beneficios que puedan obtener esos grupos en sus acuerdos con el Estado. Menos aún significa ninguna suerte de igualación o equiparación judicial entre los miembros de la Fuerza Pública, integrantes de instituciones legítimas del Estado colombiano, y grupos irregulares criminales, sin ninguna legitimidad social, política ni legal. Con esta iniciativa buscamos que se salde la cuenta pendiente de justicia que el país tiene con su Fuerza Pública.

Por su carácter extraordinario, estos instrumentos de justicia tendrán una aplicación puramente temporal y no permanente, pues de lo contrario atentaría contra la estructura institucional de la justicia. Estimamos que doce años de vigencia de estos instrumentos excepcionales sería un tiempo suficiente para que la justicia se pusiera definitivamente al día con la Fuerza Pública de Colombia, plazo que una vez cumplido nos regresaría de manera inmediata y permanente a la institucionalidad previamente establecida, sin ningún tipo de alteración de las normas e instituciones vigentes.







SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación leyes

Bogotá, D. C., 21 de julio de 2014

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 09 de 2014 Senado, *"por medio del cual se crea un tribunal pro témpore para la fuerza pública"*, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por los honorables Senadores María del Rosario Guerra, Alfredo Ramos, Honorio Henríquez, Nohora Tovar Rey, Susana Correa, Álvaro Uribe Vélez, Paloma Valencia, Thania Vega. La materia de que trata el mencionado Proyecto de Acto Legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

julio 21 de 2014

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el Proyecto de Acto Legislativo de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la ***Gaceta del Congreso***.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

José David Name Cardozo.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 10 DE 2014 SENADO

por el cual se reforma el artículo 221 y se adicionan los artículos 221A y 221B y se modifica el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. *El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:*

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

Parágrafo 1°. Un delito está relacionado con el servicio cuando haya sido cometido en el marco del desarrollo de operaciones militares u operativos policiales y demás procedimientos, actividades y tareas realizadas por los miembros activos de la Fuerza Pública en desarrollo de la misión Constitucional, legal y reglamentaria que se les ha asignado.

Parágrafo 2°. Las conductas constitutivas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario atribuidas a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de operaciones militares u operativos policiales serán investigadas y juzgadas por las cortes marciales y tribunales militares.

Parágrafo 3°. El examen judicial de las conductas a que se refiere la presente disposición debe cumplirse a partir de la identificación y valoración de las reglas jurídicas y protocolos técnicos aplicables a la planeación y ejecución de la operación, operativo, actividad o tarea específica de que se trate.

Artículo 2º. *Adiciónese un artículo 221A a la Constitución Política en los siguientes términos:*

Artículo 221A. Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva y las penas privativas de la libertad en centros de reclusión establecidos para ellos y en Unidades Militares y Policiales.

Artículo 3º. *Adiciónese un artículo 221B a la Constitución Política en los siguientes términos:*

Artículo 221B. Las faltas disciplinarias cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, serán investigadas y sancionadas en forma prevalente por las autoridades militares y de policía con atribuciones disciplinarias, de conformidad con las competencias y procedimientos especiales previstos por la ley.

Artículo 4º. *El artículo 277 numeral 6º de la Constitución quedará así:*

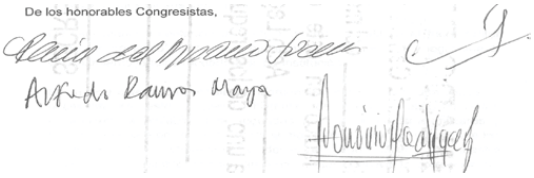
Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

…

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. Se exceptúan de este ejercicio preferente del poder disciplinario las faltas cometidas por los miembros de la Fuerza Pública.

Artículo 5º. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

De los honorables Congresistas,



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Introducción.

"La Institución del fuero militar se justifica sólo en razón a la índole e importancia de la actividad que cumple la Fuerza Pública, constituyendo éste una situación particular y especial en que se coloca a estos sujetos en razón a su misma condición, sacándolos de lo general y común, para darles un tratamiento especializado mas no diferente, ni mucho menos preferente ni privilegiado, como se tiende a creer erradamente, atribuyendo connotaciones que ni la Constitución ni la ley han previsto para el fuero militar"[1].

Sin igual maestría la Corte Suprema de Justicia explica el sentido y naturaleza de una de las garantías constitucionales más controvertidas en el último tiempo en Colombia. Para el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y militar del país, el fuero militar constituye una institución jurídica propia del Estado de Derecho, justificada en la especialísima labor pública de quienes integran las Fuerzas Militares y de Policía, cuyo objeto estriba en asegurarles a estos una investigación y juzgamiento acorde con las particularidades de sus funciones.

De esta manera, sentencia la Corte Suprema, el calificar el fuero militar como "un privilegio" contraría la connotación constitucional y legal que el Ordenamiento jurídico ha dado a dicha Institución.

Basta esta categórica precisión jurisprudencial para encarar una discusión necesaria en este momento histórico de nuestra institucionalidad, encaminada a restablecer la seguridad jurídica de nuestros militares y policías, afectada por el deterioro de la más básica garantía judicial que les ha reconocido el Ordenamiento desde el origen mismo de

1 Sentencia C-1149 de 2001, con ponencia del doctor *Jaime Araujo Rentería.*

nuestra República. El restablecimiento del fuero militar conlleva la corrección de interpretaciones distorsionadas y desarrollos legales que lo han reducido a su mínima expresión y alimentado una percepción generalizada de inseguridad al interior de los cuarteles militares y estaciones policiales.

El presente proyecto de Acto Legislativo tiene por fin adicionar la disposición constitucional que institucionaliza el fuero penal militar, con el fin de incorporar cláusulas expresas que clarifiquen el alcance efectivo del mismo y suplan los vacíos conceptuales que han dado lugar a las nociones equivocadas y restrictivas en el campo normativo y judicial.

De esta manera, se pretende modificar el artículo 221 constitucional para precisar el sentido que ha de reconocerse al término *"relación con el servicio"*, fundamental para establecer si una conducta está comprendida o no en el ámbito competencial del juez especial.

Con el mismo propósito se proponen dos modificaciones al texto original relativas al marco jurídico aplicable por parte del operador judicial al momento de examinar la legalidad de una determinada conducta de los miembros de la Fuerza Pública, tenga ésta relación o no con las hostilidades, y a la indicación concreta de qué comportamientos constitutivos de infracciones al Derecho Internacional Humanitario serán objeto de investigación y juzgamiento por parte de los jueces especiales.

Las modificaciones proyectadas pretenden brindar a estos funcionarios una seguridad jurídica en el marco de las funciones que les son propias y de los fines humanitarios del modelo constitucional vigente en Colombia. La precisión de reglas mínimas, pero básicas de investigación y juzgamiento, permiten a cada soldado y policía desarrollar con tranquilidad las actividades derivadas de su función, sin peligros adicionales a los connaturales a la vida de riesgo que voluntaria y valerosamente han asumido en beneficio del resto de la sociedad. Si bien ésta demanda de aquellos el ejercicio razonado de sus funciones y de su propia investidura, está igualmente llamada a respetarles la garantía del juicio de pares –núcleo fundamental del Debido Proceso– y a que estos apliquen adecuadamente las mismas reglas que se observaron al momento de llevar a cabo cualquiera de las tareas que están abocados a realizar.

La condición humana de quien porta el uniforme y las armas de la República, por encargo constitucional, impone al Ordenamiento jurídico el deber de constituir condiciones jurídicas seguras para el cumplimiento de sus funciones y el examen judicial de los comportamientos realizados en razón de estas. Con ello propicia mayor responsabilidad y eficacia en la acción de los miembros de la Fuerza Pública, se fortalecen las instituciones, se legitima aun más la labor de las autoridades judiciales y procura mejores índices de satisfacción de los derechos, garantías y libertades ciudadanos.

1. **Aproximación al problema y orientación del proyecto**

En la actualidad cerca de 15.000 miembros de la Fuerza Pública son o han sido procesados por comportamientos realizados durante el servicio, de los cuales aproximadamente 450 fueron condenados y unos 1.600 cobijados con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Las cifras albergan un número importante e indeterminado de casos en los que los funcionarios judiciales ordinarios, fiscales y jueces de todo nivel, han fundado sus decisiones a partir de prejuicios personales hacia la función constitucional y condiciones personales de los militares y policías , interpretaciones distorsionadas de la realidad fáctica-operacional, y la inadecuada aplicación de las normas legales, reglamentarias y protocolos que sirvieron para el planeamiento y ejecución de las operaciones y operativos. Esto, agravado por el desconocimiento crónico que aquejan de las particularidades que caracterizan la vida y cultura militar y policial.

Cada decisión judicial huérfana de la más elemental racionalidad, alimenta la sensación de zozobra, incertidumbre y el consecuente desaliento de quienes a diario están obligados a cumplir con un mandato constitucional y legal que se hace aun más gravoso por el latente riesgo de una judicialización ciega a las especificidades de su actividad pública.

Por el bien de la ciudadanía que espera y demanda una acción oportuna y eficaz de sus autoridades militares y policiales, en respuesta a toda clase de amenazas y atentados contra el libre ejercicio de sus derechos y libertades, es menester hacer esfuerzos por restablecerles condiciones jurídicas estables y precisas que partan por garantizarles un juicio justo, enmarcado en el Debido Proceso, si es que por la extralimitación de sus funciones se ven abocados al examen judicial de sus conductas.

Por tanto, la importancia de un Fuero Penal Especial para nuestros militares y policías, involucra, evocando nuevamente a la Corte Suprema de Justicia, una garantía jurídica más que un beneficio estamental simple y llano, como se le ha acusado reiteradamente. El estudio de esta institución centenaria del ordenamiento jurídico nacional debe abandonar la simpleza de quienes anteponen sus pasiones a las razones y abogan por limitar hasta su desnaturalización el rol del juez penal militar.

El respeto al fuero penal especial de militares y policías conlleva el respeto mismo al Estado de Derecho en el cual se enmarca; en consecuencia, toda decisión judicial o disposición legal que erosione sus atributos característicos; reportan igual grado de erosión a la legitimidad del sistema de normas y a la dignidad humana de los titulares de esa particular garantía.

En tal sentido, el debate sobre el fuero penal militar implica ineludiblemente una revisión al

grado de madurez de nuestro sistema normativo, la intangibilidad de las garantías que reconoce y la legitimidad de la institucionalidad de la República. La seguridad jurídica que se reclama desde cuarteles militares y estaciones de policía fundamentalmente involucra un reclamo por un juicio justo, especializado, despolitizado y ajeno a los prejuicios que se han venido arraigando en el imaginario colectivo.

Con fortuna, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 15 de noviembre de 2012, con ponencia de la Consejera María Elizabeth García (Expedientes acumulados números 2009-00196 y 2008-00025-00), al resolver una demanda de nulidad presentada en contra del acto administrativo denominado "Apoyo a la Justicia Penal Militar" suscrito por el Ministro de la Defensa Nacional y el Fiscal General de la Nación el día 14 de junio de 2006, dio claras muestras de sindéresis jurídica al abordar el examen del Fuero Militar con seriedad y desapasionamiento. No de otra forma puede explicarse una sentencia de ese talante, que enriquece el debate y ayuda a entender una Institución tan pobremente entendida. En consideración del Consejo de Estado:

"…los artículos 221 y 250 de la Carta Política, radican la competencia para investigar y juzgar los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio en la Justicia Penal Militar.

Dichas normas atributivas de competencia tienen su razón de ser en el denominado Fuero Penal Militar, que cobija los hechos y actos que son objeto de regulación penal militar, vale decir, en términos de la Corte Constitucional[13], "aquellos que se encuentran subordinados a reglas de comportamiento extrañas a la de la vida civil que marcan una abierta incompatibilidad con el sistema positivo a cargo de la jurisdicción civil, de manera que se establecen claras diferencias de tratamiento en lo relativo a las responsabilidades y deberes que se predican del ciudadano común, frente a las de un miembro de la Fuerza Pública, particularmente en lo que atañe a las consecuencias penales." (Sentencia C-358 de 1997).

En concordancia con lo anterior, para la Sala es claro que los hechos que se presentan "con ocasión de las operaciones de las Fuerzas Militares", en donde presuntamente se cometan delitos, necesariamente involucran la conducta de miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y guardan relación con el mismo servicio, que es precisamente lo que determina la competencia de la Jurisdicción Penal Militar y excluye de su conocimiento a la Justicia ordinaria, en los términos de los artículos 221 y 250 de la Carta Política.

Adicionalmente, la Sala reitera que la investigación y el juzgamiento de los presuntos delitos que se cometan por los miembros en servicio activo de la Fuerza Pública "con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares", son del conocimiento de la Justicia Penal Militar y escapan a la órbita de competencia de la Justicia ordinaria, como lo precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-358 de 1997, citada en el acto acusado, que declaró inexequible el artículo 259 del Código Penal Militar, "…bajo el entendido de que los delitos de homicidio cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el servicio, serán juzgados por la justicia penal militar siguiendo los preceptos correspondientes del Código Penal ordinario".

De otra parte, la Sala no pone en duda que en el marco de una acción u operación militar puedan presentarse ocasionalmente situaciones en las que la conducta de la Fuerza Pública no guarde una relación directa con actos del servicio, empero, no por ello puede establecerse que sea la Fiscalía General de la Nación a través de los Fiscales de las URI, quien asuma su conocimiento con capacidad para determinar la competencia de la Jurisdicción ordinaria o la de la Justicia Penal Militar para dar curso a la investigación y juzgamiento, pues ello implicaría considerar que todos los hechos que se presenten en las actuaciones que realicen los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo en el marco de una operación militar, relacionados con el mismo servicio, sean objeto de valoración en una primera fase por los Fiscales de las URI, a cuyo cargo se deja la responsabilidad de determinar autónomamente si el conocimiento de las mismas corresponde a la Justicia Penal Militar o a la Justicia ordinaria, pues evidentemente tal consideración implica desconocimiento de la competencia atribuida a los funcionarios de Instrucción Penal Militar para investigar todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho, como lo determina el artículo 264 del Código Penal Militar, y de contera su artículo 2°, en el que se señala que respecto de los delitos relacionados con el servicio, que son aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará de acuerdo con las pruebas allegadas la competencia, conforme a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública.

De lo anterior resulta que mediante las directrices trazadas en el acto acusado se da curso a que los delitos en que incurran los miembros de la Fuerza Pública "con ocasión de las operaciones propias de las Fuerzas Militares", que por sí mismos guardarían relación con el servicio, sean en la fase investigativa del conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, con claro desconocimiento del fuero militar de los miembros de la Fuerza Pública y del principio-derecho al debido proceso, que garantiza que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria e implica que el juez y los procedimientos sean establecidos por vía le-

gislativa, amén de que constituye una incuestionable usurpación de la competencia asignada a los funcionarios de Instrucción Penal Militar, a quien les está atribuida la función de conocer de todos los delitos relacionados con el servicio, como se consignó en el párrafo anterior".

Bajo estas premisas e ideas se proyecta la reforma al texto del artículo 221 de la Constitución Política en camino incorporar tres parágrafos al mismo y adicionar dos disposiciones bajo identificados como los artículos 221A y 221B.

El parágrafo 1º responde a la necesidad de precisar el alcance de la expresión *"en relación con el servicio"*, fuente de inacabadas discusiones e interpretaciones de distinta naturaleza que no hacen más que acarrear incertidumbre en quien está obligado a cumplir sus funciones bajo concepciones e interpretaciones jurídicas que en no pocos casos entran en complejísimas tensiones.

El proyecto afirma que la relación entre el delito y el servicio se presentará *"cuando haya sido cometido en el marco del desarrollo de operaciones militares u operativos policiales y demás procedimientos, actividades y tareas realizadas por los miembros activos de la Fuerza Pública en desarrollo de la misión Constitucional, legal y reglamentaria que se les ha asignado".*

Esta disposición constitucional se fundamenta en presumir, a su turno, la legalidad de las operaciones, operativos y demás procedimientos que efectúa un miembro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional como expresión material y formal de la voluntad soberana de la Administración Pública. Es decir, al reconocerse *–prima facie–* que una operación, operativo o procedimiento que lleve a cabo un militar o un policía activo ostenta idéntica calidad jurídica que cualquier otro acto, hecho u operación administrativa, es imprescindible reconocerles entonces la legalidad a dichos comportamientos.

Por el contrario, el que un juicio o investigación parta por presumir la ilegalidad de la operación, operativo o procedimiento militar o policial, lo hace ajeno a los dictados derivados del principio constitucional de la buena fe, que inspira y regula las relaciones al interior de nuestra sociedad, e invierte la presunción de inocencia que ampara a todo ciudadano de calificaciones prejuiciosas y juicios anticipados de responsabilidad.

El propósito de esta modificación consiste en involucrar bajo el concepto de "servicio" todas aquellas tareas, menesteres y acciones concretas que desarrolla un miembro activo de la Fuerza Pública en el <u>marco</u> de la misión institucional prevista en la Constitución Política, la ley y los reglamentos.

El término "marco" involucra multiplicidad de acciones que llevan a cabo los miembros de la Fuerza Pública por imperio constitucional y legal, comprendiendo las que atienden a un planeamiento estratégico, operacional o táctico, como a las que se producen en respuesta de hechos o situaciones imprevistas pero enmarcadas en esa misma misión. El empleo de esta locución, busca que el ordenamiento dé lugar a comprender bajo el concepto de *"acto relacionado con el servicio"* situaciones límite pero muy comunes que solo se explican desde la imprevisibilidad absoluta del devenir de las hostilidades o los diferentes cursos que puede tomar el desarrollo de cualquier acción del militar o el Policía en cumplimiento de su encargo constitucional o legal.

En similares términos fue explicado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-358 de 1997:

"3. La expresión "relación con el servicio", a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la Fuerza Pública. (...) <u>el término "servicio" alude a las actividades concretas que se orientan a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la policía nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.</u>

(...)

6. *<u>El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la Fuerza Pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico</u>. (...) la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la Fuerza Pública. El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar.*

La misión que encarga la Constitución Política a militares y policías, implica la realización de multiplicidad de acciones por parte de estos, con lo que se conforma un complejo cuadro situacional orientado, en todo caso, por aquella. De tal manera, que las extralimitaciones en el cumplimiento de tal misión constitucional no son suficientes para afirmar la ruptura del nexo funcional entre el comportamiento y el servicio si las mismas se enmarcan en el desarrollo de dicha misión.

Esta conclusión explica, asimismo, la razón de ser del segundo parágrafo propuesto como adición al artículo 221 constitucional, en el que se atribuye expresamente la competencia para investigar y

sancionar infracciones al Derecho Internacional Humanitario a la justicia penal militar.

Se quiere con esto encargar al juez militar el conocimiento de comportamientos íntimamente ligados al desarrollo de las hostilidades, en donde sus conocimientos y preparación especial en las lides propias de la acción militar y policial, así como en el desarrollo de operaciones del mismo tipo, son presupuesto necesario para una razonada y racional valoración judicial.

Según lo anterior, el proyecto busca introducir al ordenamiento disposiciones que sirvan para clarificar el alcance de una de las garantías constitucionales más representativas de la condición de miembro activo de la Fuerza Pública y las labores que cumplen en defensa de los derechos y libertades de la sociedad colombiana. El fuero militar, como se ha venido discutiendo en el seno del legislador con especial insistencia en los últimos años, requiere hoy por hoy una modificación que lo haga un instrumento de auténtica justicia, con lo que se satisfaga el reclamo de seguridad jurídica y respeto a la dignidad humana de quienes valientemente han asumido el riesgo de una vida tan respetable y admirada como la de nuestros militares y policías.

El tercero de los párrafos proyectados constituye un mandato perentorio para todo operador judicial que lo conmina a identificar, valorar y aplicar el marco jurídico, y su consecuente interpretación, que resulte pertinente en razón a la naturaleza particular de la operación militar u operativo policial de que se trate.

Como se detalla más adelante, uno de los factores generadores de inseguridad jurídica para el militar y el policía tiene que ver con la aplicación inadecuada de los marcos jurídicos y sus interpretaciones a la hora de examinar judicialmente la legalidad de una determinada conducta.

Con frecuencia, las autoridades judiciales ordinarias emprenden y agotan investigaciones penales en contra de miembros de la Fuerza Pública, teniendo en consideración normas jurídicas que contienen reglas que regulan el uso de la fuerza para situaciones diferentes a la realidad fáctica operacional bajo investigación. Así, no es extraño que en un caso que debe evaluarse a partir de normas que regulan la conducción de las hostilidades, el operador judicial ordinario aplica reglas, conceptos e interpreta esos mismos hechos bajo parámetros normativos pertinentes para situaciones ajenas a aquellas. Esto ha llevado a que, a manera de ejemplo, la proporcionalidad de una determinada acción militar, cuyo planeamiento y ejecución atienden a las normas del Derecho Internacional Humanitario, sea determinada bajo la óptica de normas cuya aplicación resulta pertinente en situaciones de normalidad, es decir, no relacionadas con las hostilidades. Por supuesto que el resultado de un juicio en estas condiciones diferirá ostensiblemente del que se haga al amparo de las normas que corresponden a la situación concreta.

Se pretende con este mandato expreso, que el militar cuente con la seguridad de que las valoraciones que de su conducta se hagan una vez concluida una determinada operación, procedimiento o tarea cumplida en el marco de su función tenga en consideración, y aplique de modo correcto, las reglas correspondientes a la naturaleza de estas.

Con el mismo propósito de proveer a los miembros de la Fuerza Pública las condiciones jurídicas de cumplimiento de su misión constitucional y legal que cierren espacios a situaciones generadoras de incertidumbre e inseguridad, los artículos 221A y 221B constitucionalizan dos garantías reconocidas por el Ordenamiento en niveles de menor gradación normativa: la primera, atinente a la necesidad de que las medidas de seguridad y penas privativas de libertad impuestas a estos funcionarios sean cumplidas en centros de reclusión, carcelarios y penitenciarios establecidos para ellos y en su defecto en las Unidades Militares o policiales a las que pertenezcan. La segunda, proyectada a establecer un fuero disciplinario especial en cabeza de las autoridades militares y de Policía a las que la ley les dé dichas atribuciones y bajo la observancia de los procedimientos que establezca la ley especial.

En lo que respecta a la primera de las citadas garantías, las Leyes 65 de 1993 y 1709 de 2014 la han reconocido tradicionalmente, fijando presupuestos y reglas para la integración de los centros de reclusión militar y sistema general penitenciario y carcelario.

El artículo 20 de la Ley 65 enlista como *"establecimientos de reclusión"* las cárceles y penitenciarías para miembros de la Fuerza Pública (numeral 8), mientras que el artículo 19 de la Ley 1709 dispone:

"Artículo 27. Establecimientos de reclusión para miembros de la Fuerza Pública. *Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos en las instalaciones de la Unidad a la que pertenezcan, observando en todo caso el régimen aplicable a los procesados que cumplen la medida de detención preventiva en cárceles ordinarias.*

La condena la cumplirán en centros penitenciarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública.

En relación con el sistema penitenciario y con estos centros especializados, el Ministerio de Defensa Nacional tendrá las siguientes funciones:

1. *Establecer los lugares autorizados como centros de reclusión para miembros de la Fuerza Pública.*

2. *Construir o adecuar los centros de reclusión para miembros de la Fuerza Pública, previo concepto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).*

3. *Garantizar que el personal a cargo de la custodia y vigilancia y de los procesos de resocialización cumpla con los requisitos, de independencia, capacitación e idoneidad para garantizar la labor encomendada.*

Parágrafo. *La privación de la libertad se regirá por las mismas normas que rigen la privación de la libertad en los centros a cargo del Inpec, según reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional".*

La existencia de estos centros de reclusión militar y policial tiene su razón de ser en el deber de garantía que le asiste al Estado colombiano frente a la integridad física de aquellos funcionarios que por haber infringido la ley deban soportar la restricción de su libertad. Como reiteradamente lo ha afirmado la Corte Constitucional y la propia Corte Suprema de Justicia, el hecho de que el ordenamiento jurídico habilite a los miembros de la Fuerza Pública para purgar sus penas y cumplir las medidas de aseguramiento en centros carcelarios o lugares diferentes a los previstos para el resto de la población, se explica desde una lógica simple, y por lo mismo incuestionable:

"…la búsqueda de la garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, así como la consideración especial para determinados grupos que han infringido la ley, han conducido a que tanto en el Código Penitenciario como en el de Procedimiento Penal se establezcan categorías adicionales de separación de los reclusos, tales como el género, la edad, la reincidencia, la calidad de miembro de la Fuerza Pública o de servidor público, etc." (Corte Constitucional, Sentencia T.153 de 1998).

Esto mismo, ya ha dado lugar a consideraciones mucho más categóricas por parte de esa misma Corte:

"T-680 de 1996 "Para la Corte es claro que basta la sola condición de agente de la Policía Nacional, para tener derecho a un sitio de reclusión especial". (Corte Constitucional, Sentencia T-680 de 1996).

Mucho más reciente aún, lo afirmado al respecto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia bajo el radicado 70709 de 2014, encaminó a ratificar la necesidad de respetar el funcionamiento de estos centros especiales de reclusión y el deber de toda clase de funcionarios judiciales de ordenar el cumplimiento de sus decisiones en los mismos, cuando estas afecten la libertad física de los miembros de la Fuerza Pública.

"En concordancia, la autoridad competente – Juez de Control de Garantías o el Juez Penal Militar de Control de Garantías– debe disponer que la medida de detención preventiva se cumpla en un centro carcelario especial para miembros de la Fuerza Pública y, a falta de estos, en las instalaciones de la unidad a la que pertenezca el procesado. Sólo en casos excepcionales, una vez expuesta con suficiencia, la falta de cupos y la debida diligencia del Ministerio de Defensa Nacional y de las direcciones de Centros de Reclusión Militar o Policial, se puede autorizar la reclusión en un pabellón anexo a una cárcel o penitenciaría ordinaria".

De este modo, lo que se proyecta implica simple y llanamente la constitucionalización de una garantía que el ordenamiento pacíficamente reconoce a los miembros de la Fuerza Pública como una medida de protección, necesaria en razón a la connotación de su actividad. Su propósito, reforzar la protección y dotar de estabilidad normativa lo ya previsto a favor de los militares y policías.

La proyección del artículo 221B, por el cual se establece un fuero disciplinario que comprenda las faltas cometidas en servicio activo por los miembros de la Fuerza Pública, atiende a idénticas razones jurídicas que motivan la existencia de jueces especiales.

En primer lugar, el déficit que aqueja a los funcionarios judiciales ordinarios en relación con el conocimiento que deberían tener de las particularidades de la vida militar y policial, y de los azares inherentes a tan compleja actividad que desarrollan los miembros de la Fuerza Pública en cumplimiento de su misión constitucional y legal, afecta en idéntica proporción a los representantes del Ministerio Público. En ese sentido, frente a similares situaciones de hecho, iguales soluciones de derecho.

En segundo lugar, y más importante aun, el alcance que el Ordenamiento jurídico y la jurisprudencia constitucional han reconocido al Debido Proceso, obliga a replantear el actual estado de cosas para limitar el ejercicio del poder preferente por parte del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en el artículo 277.6 Constitucional.

El artículo 29 de la Constitución Política dispone que *"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"*, por lo cual las garantías predicadas en el marco del proceso penal aplican, *mutatis mutandi,* a los procesos sancionatorios de naturaleza disciplinaria. Indica ello que se aplicarán del mismo modo, siempre que la naturaleza y fin del derecho disciplinario así lo admita.

Pues bien, quiere decir esto que en lo que atañe al juzgamiento por pares de conformidad con las formas propias de cada juicio, baluarte del Debido Proceso, en el seno de la actuación disciplinaria debe reconocérsele idéntico contenido y alcance que el que presenta en el marco del proceso penal. Esto, por cuanto lo que pretende dicha garantía no es otra cosa que asegurar al sujeto investigado y pasible de sanción que quien esté encargado del reproche parta del conocimiento de las singularidades fáctico-operacionales y de derecho que aplican al planeamiento y ejecución de las operaciones u operativos, procedimientos, tareas y acciones que

llevan a cabo los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de su misión constitucional y legal.

De otro lado, el establecimiento del fuero disciplinario militar y de policía, con la consecuente limitación del ejercicio del poder preferente del Ministerio Público, contribuye a brindar coherencia sistémica y a evitar distorsiones que deslegitimen el papel de las autoridades sancionatorias. En consecuencia se hace necesaria la adición propuesta al numeral 6 del artículo 277 Constitucional; de lo contrario, la Carta albergaría disposiciones encontradas que dificultan su comprensión y alcance efectivo por parte de los operadores jurídicos y generarían incertidumbre en sus destinatarios.

2. ***La disciplina militar como condición de subsistencia y factor integrador de la Fuerza.***

"La disciplina es el alma de un ejército: hace que unos pocos sean formidables, procura el éxito al débil y la estima a todos". George Washington, 1759.

No cabe duda que, del universo de individuos que conforman el funcionariado, los miembros de la Fuerza Pública son quienes se encuentran sometidos a un régimen mucho más estricto, en el que conceptos como el honor, el valor, la obediencia y la lealtad revisten un especial significado (El artículo 17 del Decreto número 085 de 1989 disponía: *"La profesión de las armas tiene origen en la necesidad de que la Nación y sus instituciones legítimas estén libres de toda amenaza interior y exterior. Se fundamenta esencialmente en los sentimientos del honor y del deber")*.

La bien conocida rigurosidad de la vida militar, en virtud de la cual el soldado es sujeto de una intensa disciplina que acentúa la interferencia de sus derechos y libertades como ningún otro servidor público[2], solo puede ser entendida –y debidamente justificada– a la luz de la especialísima misión que constitucionalmente le ha sido encargada. El monopolio legítimo de las armas y la posibilidad de hacer uso marcial de las mismas son razón suficiente del diferenciado régimen al que está sometido el militar. De este modo, lo entiende la Corte Constitucional:

"*Así mismo, se presentan otros casos en los cuales la intensidad de relación de sujeción aumenta debido a las circunstancias especiales en las cuales se presenta la interacción entre la Administración y el administrado. En efecto, se presentan ciertos eventos en los cuales la posición del administrado en la sociedad comporta una serie de obligaciones especiales de éste con la sociedad. A guisa de ejemplo, tenemos los casos de la prestación del servicio militar (...). A su vez, la administración cuenta con poderes adicionales para hacer cumplir la singular obligación. Tal poder de sujeción especial es conocido como poder disciplinario"*[3].

La estricta observancia de los procedimientos y jerarquías militares, así como la obediencia a las órdenes impartidas le asegura a cualquier Ejército un mayor grado de eficacia en el cumplimiento de sus objetivos, dado que garantiza la unidad del mando, condición necesaria para el buen planeamiento, ejecución, control y evaluación de sus operaciones. Las complejidades del contexto situacional –tiempo, modo y lugar– en que se cumplen las tareas de defensa y seguridad, encargadas a los cuerpos militares y de policía, requiere un comprometimiento sui géneris de sus miembros, como no ocurre con ninguna otra empresa pública o privada. En materia disciplinaria, argumentación que es útil *mutatis mutandi* para nuestro objeto de estudio, la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente:

"Para la jurisprudencia constitucional, el significado de ese régimen especial de carácter disciplinario estriba en la existencia de un singular conjunto normativo aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares, en el que se establecen las faltas, las sanciones, los funcionarios competentes para imponerlas y el trámite que debe seguir el respectivo proceso, incluido el señalamiento de términos, las actuaciones y los medios de impugnación, etc.

Se ha dicho que la diferencia específica de este régimen especial con el estatuto disciplinario general para los servidores públicos consiste en la descripción de las conductas constitutivas de falta disciplinaria y en el catálogo de sanciones a imponer, ***dada la índole de las funciones que están llamados a desempeñar los miembros de las Fuerzas Militares las cuales no se identifican con las de ningún otro organismos del Estado****"*[4].

A este mismo respecto, el Tribunal Constitucional español, al resolver un recurso de amparo, estimó que ***"la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una***

2 La descripción de las obligaciones y prohibiciones del capítulo V del Decreto número 085 de 1989 es suficiente evidencia del elevado grado de subordinación a la que puede estar sometido el militar. Aunque la norma no esté vigente por razones de orden Constitucional, el literal m) es evidencia incontrovertible de lo dicho:

"CAPÍTULO V. DE LAS OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES.

Artículo 33. El personal de las Fuerzas Militares está obligado a: (...)m) Dar aviso por conducto regular al departamento de personal de la respectiva Fuerza, por lo menos con treinta (30) días de anticipación, cuando el Oficial o Suboficial vaya a contraer matrimonio.

3 Sentencia T-065 de 1995, M. P. doctor *Alejandro Martínez Caballero*.

4 Sentencia C-713 de 2001. En similares términos la sentencia C-431 de 2004, la Corte afirmó que: "*De manera general ha estimado que lo que constituye la diferencia específica de ese régimen frente al general aplicable a los demás servidores públicos es el señalamiento de una serie de faltas disciplinarias y de sus correspondientes sanciones, que son diferentes de las que pueden ser impuestas a la generalidad de los mencionados servidores públicos, y* ***cuya previsión se justifica por la especial actividad que corresponde cumplir a las Fuerzas Militares****.".*

especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual (…)" –ATC 375/83.

Y es que, difícilmente otra organización tenga que lidiar con factores y variables de riesgo tan complicados como las que ineludiblemente deben afrontar las militares, para las que un planeamiento inconcluso, un desarrollo operacional defectuoso o un control deficiente, puede representar la pérdida de vidas humanas –propias y ajenas– o graves afectaciones a derechos, garantías y libertades ciudadanas. De ahí que revista de una extraordinaria importancia, la singular idea de cohesión que identifica particularmente las relaciones militares y policiales. No existe mejor expresión de lo dicho que los términos en que el artículo 23 del Reglamento Disciplinario para las Fuerzas Militares de 2003 lo hace:

"Artículo 23. Mantenimiento de la disciplina. La disciplina se mantiene cumpliendo los propios deberes y ayudando a los demás a cumplir los suyos. Del mantenimiento de la disciplina serán responsables todos los miembros de las Fuerzas Militares, en forma proporcional a los deberes y obligaciones del grado y el cargo que desempeñan.

Los mejores medios para mantener la disciplina son el ejemplo y el estímulo, los que tienden a exaltar ante los demás el cumplimiento del deber con el fin de perfeccionar y dignificar las mejores cualidades de la personalidad".

De resaltar, la diafanidad con la que el legislador colombiano describe, o mejor instituye, en el primero de los incisos trascritos, los dos pilares de las relaciones militares –sin lo cual no es posible, siquiera–, una aproximación al adecuado entendimiento de las mismas: *la solidaridad* en el cumplimiento de los deberes y obligaciones, y *la dispersión de las atribuciones de control* para el mantenimiento de la disciplina institucional en todos los niveles.

Esto conlleva indefectiblemente a la compleja y estrecha articulación del conjunto de derechos y deberes que le asisten, en particular, a cada miembro de la organización militar, trenzándose lazos de compañerismo solo asimilables a las que se tejen en las comunidades de riesgo. Esto mismo, explicado en términos mundanos, es lo que se conoce como ***espíritu de cuerpo.***

Es evidente entonces que, cuando se alude a esta locución *"espíritu de cuerpo"* para signar la presunta complicidad, o solidaridad malentendida, de los miembros de las Fuerzas Armadas con las conductas punibles de sus compañeros, se está haciendo un uso irresponsable y reduccionista de tan importante noción. La simplicidad con que se refiere en estos términos a la solidaridad o espíritu de cuerpo, olvida deliberadamente que la organización militar está dispuesta constitucional, legal, reglamentaria y consuetudinariamente para engranar sus actividades en beneficio de la defensa de la institucionalidad, la integridad territorial y la promoción de los derechos y libertades de los ciudadanos, y no como una "empresa", si es que cabe el nombre, dedicada al crimen.

Por tanto, *"resultaría utópico, y hasta atrevido, pensar que la Relación de Sujeción Especial presente en la vinculación Estado– Militar o Policía, se homogenice con la del resto de servidores públicos, puesto que no solo las funciones que el pueblo les asignó, sino el mismo monopolio de las armas y el ejercicio legitimado de la violencia, hace necesario un mayor rigor de las cargas a que se deben someter, por lo que su régimen, aunque atemperado por los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, sea mucho más exigente cualquier otro. Pensar en lo contrario, en consideración desembarazada de cualquier subjetivismo, desnaturalizaría por completo la esencia de los cuerpos armados"*[5].

Para el legislador colombiano la disciplina militar no ha sido un asunto de segundo orden al momento de configurar los regímenes sancionatorios de estas organizaciones. Tanto en el régimen disciplinario para las Fuerzas Militares –Ley 836/2003– como el de la Policía Nacional –Ley 1015/2006– se incluyeron sendos artículos que describen prolijamente su contenido, importancia, bondades y alcance.

"***Artículo 17 Ley 836 de 2003. La Disciplina****. La disciplina, condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional".*

"Artículo 25 Ley 1015 de 2006. Alcance e Importancia. *La disciplina es una de las condiciones esenciales para el funcionamiento de la Institución Policial e implica la observancia de las disposiciones Constitucionales, legales y reglamentarias que consagran el deber profesional".*

En la más representativa sentencia de constitucionalidad que estudió la exequibilidad de un gran número de disposiciones de la primera de estas leyes –C-431 de 2004–, el alto Tribunal colombiano avaló la rigurosidad disciplinaria propia de estos cuerpos armados, no obstante la notable

5 HERRERA NOVOA, José Elkin y otros. *"Régimen disciplinario de la Fuerza Pública. El Estado Social y Democrático de Derecho como atemperador de la relación de sujeción especial".* Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen 13. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, D. C., abril de 2009, pág. 308.

morigeración que debe advertirse en relación con el cumplimiento de órdenes abiertamente ilegales (Obediencia Debida):

"Respecto de la excepción prevista en este segundo inciso, la Corte reiteradamente ha sostenido que es indispensable que dentro de las Fuerzas Militares sea observada una disciplina estricta y se respete el orden jerárquico, por lo cual en principio deben acatarse todas las órdenes impartidas por los superiores, quienes asumirán la responsabilidad correspondiente; empero, este principio de observancia irrestricta de los mandatos no equivale a obediencia ciega o irracional. Es decir, la jurisprudencia ha rechazado como inconstitucional la obediencia absolutamente irreflexiva".

Tales consideraciones se avienen perfectamente con tantos otros pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, en los que reconoce la necesidad de establecer regímenes de comportamiento propios para la Fuerza Pública, no como una injustificada concesión de privilegios sino como un especialísimo mecanismo de regulación que permita el logro de su misión. Conviene destacar la sentencia de Constitucionalidad número 675 de 1999, en la que ofició como ponente el doctor Carlos Gaviria Díaz, relacionada con el inmediatamente anterior régimen disciplinario de la Policía Nacional:

"Ahora bien: la estrecha relación que existe entre la naturaleza de los actos que se reprueban, las sanciones que se imponen y los valores que se busca proteger, permite crear reglas o estatutos especiales en distintos ámbitos del derecho que controle el comportamiento del servidor público".

Así como la sentencia de constitucionalidad 310 de 1997:

"La facultad del legislador para establecer regímenes especiales de carácter disciplinario aplicables a los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), proviene de la misma Constitución. ¿Pero qué significa tener un conjunto de normas singulares o particulares en las que se consagran las faltas, las sanciones, los funcionarios competentes para imponerlas y el procedimiento o trámite que debe seguir el proceso respectivo, incluyendo términos, recursos, etc., aplicables a un determinado grupo de personas, en este caso a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que se distinguen de las que rigen para los demás servidores del Estado, debido a la específica función o actividad que les corresponde cumplir?".

En ese orden de ideas, la configuración de regímenes sancionatorios propios –disciplinarios[6] y penales[7]–, aplicables a los miembros de las Fuerzas Armadas con ocasión de las actividades relacionadas con el servicio militar o policial, encuentra una doble justificación: una ***institucional*** y otra de orden ***individual***.

La primera, referida a la necesidad que acusa la organización de contar con instrumentos eficaces para encauzar la disciplina al interior de sus filas, de la manera como venimos de explicarlo[8]; mientras que, la segunda, encaminada a salvaguardar la vigencia de garantías fundamentales del servidor militar en caso de que, por razón de su conducta funcional, sea sometida al escrutinio judicial o administrativo ***–el debido proceso–.***

Precisamente, en torno a esta última idea reflexionaremos a continuación, no sin antes advertir, conforme a lo explicado antes, que la configuración de regímenes sancionatorios especiales para las Fuerzas Armadas deriva de su existencia misma, con independencia del contexto socio-político en que tenga que cumplir con su misión. Esto es, en tanto el Estado cuente con cuerpos armados regidos por la lógica y la disciplina castrense –policiales o militares propiamente dichos–, siempre requerirá de adoptar mecanismos legales de conducta que atienda a las vicisitudes únicas de la vida militar.

"La Institución del fuero militar se justifica sólo en razón a la índole e importancia de la actividad que cumple la Fuerza Pública, constituyendo éste una situación particular y especial en que se coloca a estos sujetos en razón a su misma condición, sacándolos de lo general y común, para darles un tratamiento especializado más no diferente, ni mucho menos preferente ni privilegiado, como se tiende a creer erradamente, atribuyendo connotaciones que ni la constitución ni la ley han previsto para el fuero militar. No se trata de favorecer la

6 *"Artículo 12 Ley 836 de 2003. Especialidad. En desarrollo de los postulados constitucionales, al personal militar le serán aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos que sean procedentes".*

7 *Artículo 2º. Ley 522 de 1999. Delitos relacionados con el servicio. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública".*

8 A diferencia del régimen disciplinario para los servidores públicos de 2002, –Ley 734 CDU–, el régimen para las Fuerzas Militares contempla una serie de medios correctivos –por tanto, no sancionatorios–, de los que puede hacer uso el Superior militar para ajustar la disciplina a su nivel de mando.

"Artículo 18. Medios para la efectividad de la disciplina. Los medios para encauzar la disciplina pueden ser correctivos o sancionatorios; los primeros se utilizan para conservarla, mantenerla y vigorizarla; los segundos para restablecerla cuando ha sido quebrantada.

Artículo 19. Medios correctivos. Son las normas y preceptos cuya finalidad es proteger a los hombres contra su propia debilidad, preservándolos de toda influencia nociva y aquellos que incitan a perseverar en el cumplimiento estricto de los deberes. (...) Artículo 21. Deberes del superior. Es deber del superior estimular a quienes se destaquen en el cumplimiento de sus obligaciones y sancionar a quienes las infrinjan.".

impunidad con la existencia misma de dicha institución, pero sí, debe ser concebido dicho fuero sólo bajo la perspectiva de la existencia de un órgano jurisdiccional especializado, independiente, autónomo e imparcial, que para el efecto constituye el juez natural especial, a quien la constitución y la ley le ha confiado la misión del juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio. Se tiene entonces que el fuero penal militar da lugar a la existencia de un régimen penal especial y el general lo constituye el régimen penal ordinario"[9].

Lo contrario supondría la desnaturalización de tales organizaciones y, con ello, la pérdida de la institucionalidad por medio de la cual monopoliza el uso de la fuerza, condición necesaria de subsistencia de cualquier Estado, entendido en términos modernos (modelo poswestfaliano).

3. **El Fuero Militar y el Juez Penal Militar**

3.1. **Antecedentes**

Etimológicamente el término "fuero", procede del latín *"fórum"*, vocablo que significa foro o tribunal[10]. Por su parte, el diccionario de la Real Academia[11]define el fuero, para lo que aquí interesa, como la "***competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo***".

De esta manera, el concepto de fuero está ligado al de jurisdicción, entendiéndose como la competencia que tiene un tribunal para juzgar a determinadas personas como consecuencia de su investidura y/o profesión[12].

En este sentido, el doctor Luis Carlos Sáchica enseña que *"el fuero militar consagra o permite establecer tribunales militares o Cortes Marciales y la adopción de un código militar, normas y jueces que son los únicos competentes y aplicables cuando se trata de enjuiciar a los militares en servicio activo por los delitos cometidos en el servicio o con ocasión a este*"[13].

En idéntico sentido, José María Samper indica, yendo incluso más allá del planteo de Sáchica, que *"así como es conveniente que haya juzgados únicamente para lo civil, unos y otros para lo criminal; que se establezcan tribunales especiales para la policía, para el comercio, para lo contencioso administrativo, o para otros ramos del servicio judicial, así mismo* ***conviene que haya juzgados para conocer únicamente de los juicios militares, dado que este servicio es de grande y complicada extensión y que por su naturaleza requiere una legislación y procedimientos especiales, muy racional es por tanto que este artículo establezca la jurisdicción militar para los delitos puramente militares y lo que se refiere a este servicio****"*[14].

Nótese que el resalto fuera del texto original avala completamente la idea según la cual la configuración de regímenes sancionatorios especiales, aplicables a los miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado, está inescindiblemente ligada a su existencia, justificándose por la singularidad y elevado grado de complejidad de las tareas que cumplen –defensa y seguridad. En los prolijos términos del doctor Lleras de la Fuente:

por la naturaleza y características de las funciones de la Fuerza Pública y su peculiar disciplina, se justifica la existencia de una jurisdicción especializada en el conocimiento y juzgamiento de las conductas delictivas de sus miembros; en este sentido el artículo 250 de la carta exceptúa a la Fiscalía General de investigar y acusar a los miembros de la Fuerza Pública en los delitos cometidos en servicio activo y en relación con el mismo"[15].

Ahora bien, en cuanto al trasegar histórico de la institución legal, esto es el *fuero militar*, debemos remontarnos hasta la antigüedad –así no sea este el objeto central de nuestro estudio– a la cuna de otras importantes instituciones que han pervivido al paso de los siglos y los avatares de la convulsionada vida humana hasta nuestros días, tales como Atenas, Cartago, Macedonia, Persia, India, entre otras. En estos casos, al disponer de un mecanismo particular de justicia para encauzar el reproche de sus soldados, los Ejércitos lograban hacer juzgamientos durante situaciones de guerra, aplicando procedimientos especiales[16].

Valga recordar que, estas primeras organizaciones armadas estaban conformadas por *guerreros de ocasión*, quienes acompañaban a los jefes de las tribus en sus luchas con las otras tribus, para defender el dominio territorial, la supremacía o vengar alguna ofensa. Al finalizar la contienda, los guerreros retornaban a sus ocupaciones rutinarias, por lo que no hacían parte de una organización estatal, ni mando organizado alguno[17].

La necesidad de profesionalizar el servicio militar que los súbditos prestaban de modo esporádico surge con la aparición de una nueva generación de imperios, que se constituirían en el paradigma de

9 Sentencia C-1149 de 2001, con ponencia del dr. *Jaime Araujo Rentería.*

10 RODRÍGUEZ USSA, Francisco. *"Estado de Derecho y jurisdicción penal militar*". Editorial Compoarte 1980. Pág. 9 y ss.

11 Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición.

12 Ver: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS48.pdf. Sitio Web consultado en noviembre de 2011.

13 SÁCHICA, Luis Carlos. Derecho Constitucional. Bogotá: Librería Profesional 1980.

14 SAMPER, José María. Derecho Público Interno en Colombia. Tomo II. Bogotá: Banco Popular, 1974.

15 LLERAS DE LA FUENTE, Carlos. *"Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia"*. Bogotá, D. C., Editorial Carrera 7ª. 1992. Página 383.

16 RODRÍGUEZ USSA, Francisco. *"Ob. cit."* página 14.

17 Ver: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS48.pdf. Sitio web consultado en noviembre de 2011.

organización castrense –previo al establecimiento de organizaciones de carácter permanente, acudieron a los llamados mercenarios, quienes recibían un pago por el servicio prestado, mas no tenían ninguna clase de sujeción a los mismos. Sin duda, el más memorable: el imperio romano.

Fue en Roma, en donde se desarrolló con mayor notoriedad la figura del fuero para los asuntos militares y de disciplina, de tal manera, por lo que en el Derecho Justiniano se puedan encuentran los antecedentes más importantes del mismo. El profesor español López Muñiz[18], precisa que el fuero especial para los militares constituía una institución jurídica que, debido a la gran complejidad de los asuntos que enmarcaba, era aplicada, mediante procedimientos excepcionales, por los *tribunos militares* y *los jefes de las legiones romanas*. Los primeros, ostentaban el mando superior del Ejército y contaban con facultades civiles y jurisdiccionales, en tanto que a los segundos les competía la administración de justicia respecto de sus tropas y contaban con funciones similares a las de sus cónsules.

Desde tan remotas épocas, la institución del fuero militar estuvo ligada al carácter funcional de la conducta del soldado. De este modo entonces, en los asuntos civiles, el emperador Constantino dispuso que los militares que cometieran delitos no vinculados con la milicia, fueran juzgados por los jueces ordinarios; disposición ratificada con posterioridad por Arcadio.

Con todo, los emperadores Honorio y Teodisio II otorgaron al demandante la facultad de citar a los militares ante los Jueces Ordinarios o ante el *Magister Militum*, lo que tuvo una efímera vida jurídica.

A su turno, para las provincias se dispuso que la jurisdicción en los asuntos relacionados con las tropas, la tenían los jefes al mando de las mismas, con la restricción impuesta por el emperador Anastasio, al excluir de su conocimiento los asuntos que no guardaban relación alguna con la profesión militar[19].

Con la expedición de la ley de las siete partidas en España, se termina por institucionalizar la jurisdicción castrense, que otorgaba al Jefe militar la facultad de castigar severamente toda conducta que atentara los valores e intereses militares; al tiempo que, por delegación real, se otorgaron funciones jurisdiccionales al Alférez del Rey, así como al Almirante respecto de su respectivo ejército.

En la época del medio evo bajo, se reconoce a España como uno de los sitios en donde más consolidó la institución del fuero militar. Tal es el caso de las Tiufas, unidades militares y administrativas, que contaban con cerca de mil hombres con sus respectivas familias, cuyo superior o jefe eran los *tiufados.* Estos, en su condición de militares eran los encargados de dirimir y juzgar los conflictos de la Tiufa.

Esta particular organización de administración de justicia militar mantuvo con otros nombres durante esta época, hasta que en 1587 se institucionaliza en las ordenanzas de Felipe II, promulgadas por Alejandro de Farnesio para los ejércitos de Flandes; así como en las de Felipe IV en 1632 y en 1701 con Felipe V se establecen los Consejos de Guerra de Oficiales para los delitos que se cometieran por tropas de infantería, caballería y dragones.

Ya en las postrimerías de la edad media, al paso del fortalecimiento del fuero militar, surgieron jurisdicciones de carácter excepcional que cobijaba a determinados individuos por causa del oficio que desempeñaban. En España, por ejemplo, a finales del siglo XVIII, existían aproximadamente veinte jurisdicciones o fueros especiales, entre los cuales se encontraban el fuero de León, de Castilla, de Salamanca, de Burgos, de Navarra, entre otros, y a su vez había fueros especiales entre los militares, los cuales atendían a la jerarquía de los mismos o a la condición social del militar procesado –perteneciente a la nobleza o la plebe–, así como al arma a la que pertenecía[20].

La colonización, y con ella el proceso de implementación violenta de usos y costumbres de las potencias europeas a los pueblos de este sector del globo, explica en mucho la institucionalización de esta lógica en nuestros ordenamientos jurídicos. Comentemos algunos aspectos de especial interés del caso colombiano.

3.2. **La Justicia Penal Militar en el ordenamiento jurídico colombiano**

Referenciemos al pasar las principales disposiciones constitucionales que institucionalizaron el fuero militar en Colombia. En primera instancia, la Constitución de Cundinamarca de 1811 en su artículo 46, señalaba:

"Artículo 46*. La disciplina militar y el particular compromiso de los soldados al sentar su plaza, exigen una excepción de los artículos desde el 36 hasta el presente, quedando en su fuerza y vigor la Ordenanza militar que rige…"*[21].

Posteriormente, el artículo 172 de la Constitución Política de Nueva Granada de 1832, prescribía:

18 López Muñiz. Diccionario Jurídico de la Guerra. Tomo VII. Madrid: Editorial Gesta, 1958.

19 Ver: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS48.pdf. Sitio web consultado en noviembre de 2011.

20 Ver: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS48.pdf. Sitio web consultado en noviembre de 2011.

21 Asimismo, el artículo 1º del capítulo Octavo del Código Constitucional del mismo año –"De la Fuerza Pública"–, promulgado por el presidente *Tadeo Lozano,* prescribía: *"El fuero militar se conservará como hasta aquí"*. Ello implicaba que se entendería y aplicaría conforme la doctrina militar española.

"Los individuos de la fuerza armada de mar y tierra, cuando se hallen en campaña, serán juzgados por las ordenanzas del ejército; pero estando en guarnición, solamente lo serán en los delitos puramente militares".

Por su parte, el artículo 69 de la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863, establecía que:

"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".

A su vez, la Carta Constitucional de 1886, en su artículo 160 lo regló en los siguientes términos:

"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".

Desde las primeras referencias de orden Constitucional, se ha entendido el fuero militar, y por ende a la justicia penal militar, como un elemento connatural a la existencia de la Fuerza Armada del Estado, referido, como se entiende en la actualidad, al comportamiento punible cometido por alguno de sus miembros siempre que estén relacionados con las tareas especialísimas que supone el cumplimiento de su misión, esto es, el servicio.

Esta concepción restrictiva del fuero castrense, resulta ser similar a la que predica el Ordenamiento Superior desde 1991, condicionado el alcance material de la justicia penal militar, conforme recientes y retirados pronunciamientos del máximo Tribunal Constitucional colombiano –que ha discernido del tenor del artículo 221 Superior, los dos presupuestos que determinan el alcance de las atribuciones jurisdiccionales del juez penal militar: *el subjetivo y el funcional*–, como más adelante tendremos oportunidad de analizar con mayor detalle.

"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. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro".*

De este modo, no resulta difícil concluir que la naturaleza jurídica del fuero goza de una raigambre constitucional indiscutible, sin distingo alguno de las formas de ordenación institucional ensayadas hasta el momento o los devenires fácticos que han caracterizado nuestra violenta infancia como República.

4. **Naturaleza del Fuero Militar**

Conforme lo anterior, parece ser incuestionable apreciar el fuero militar como un fenómeno sociojurídico tan complejo como las actividades mismas a las cuales está referido. De a poco se van haciendo evidentes los rasgos que lo identifican, y en gran medida personalizan, con la existencia de las fuerzas armadas por las que el Estado hace uso monopólico de la fuerza. En suma, lo afirmado solo da lugar a concluir que dicha institución jurídica constituye un elemento estructural del Estado de Derecho. Esto así, no obstante a que su contenido, como el de cualquiera otra "pieza" de la organización política, se enriquezca y matice con los valores superiores que cada generación reconoce como fundamentales para su vida en sociedad, institucionalizándolos por vía de la expedición de normas de todo tipo de jerarquía o de la aceptación de proclamas judiciales, de acuerdo con las dinámicas sociales propias de cada tiempo.

Sin duda, ello no se condice en lo más mínimo con las valoraciones prejuiciosas y reduccionistas que en no pocas ocasiones se incluyen en estudios que se prestan de ser serios y profesionales, que con persistencia rotulan tan preciada institución jurídica como un régimen de beneficios irrazonables e injustificados a favor de una determinada "casta" social. Una posición conceptual tan simplista corre el riesgo de carecer de algún sustrato argumental, pese a que discursivamente se exponga de la manera más estilizada y convincente; esto así, no dejará de ser insulsa retórica, si se permite el pleonasmo.

Ahora bien, ***¿cómo se habrá de considerar el fuero militar sin el prejuicio propio de quien no estima su verdadera razón y sentido?***

Pues bien, parte de la respuesta ya ha sido insinuada en lo dicho hasta aquí. En efecto, aunada a su doble justificación, advertida anteriormente –institucional y personal–, en cuanto a su naturaleza, es posible predicar del fuero militar una evidente ***bidimensionalidad:*** *como límite y como derecho.*

4.1. **El fuero penal militar como límite**

Si bien la relación de subordinación o sujeción especial que vincula al militar con su Institución –y por ende con el Estado–, cuantitativa y cualitativamente es mucho más intensa que la que involucra a cualquier otro servidor público, en virtud de su férrea disciplina, a partir de la implementación del modelo de Estado social y democrático de derecho que trajo consigo la promulgación de la Carta del 91 no es posible predicar la restricción absoluta de los derechos que le asisten a aquel.

"La estricta sujeción" no puede representar, entonces, la *instrumentalización* del individuo que porta el uniforme, toda vez que terminaría por hacer nugatorio el postulado básico de ***dignidad humana***, en torno al cual gravita el sistema de derechos, libertades y garantías que proclama la Carta.

(Artículo 1º y 2º C. P.).

Consecuentemente, la libertad de configuración legislativa del Estado en materia sancionatoria, particularmente tratándose de la confección de regímenes militares, habrá de tener un límite preciso y estricto: ***los objetivos Constitucionales de la Institución.***

Esto conlleva a que solo sean razonables aquellas restricciones a los derechos y libertades personales del militar que contribuyan, o tiendan a hacerlo, efectivamente al logro de la misión Superior de la Fuerza, en tanto y en cuanto no atenten contra su inalienable dignidad. Por tanto, solo podrán ser tipificadas como faltas disciplinarias o delitos, aquellas conductas que guarden relación con el servicio militar encomendado. Atendiendo las consideraciones de la honorable Corte Constitucional:

"La jurisprudencia entonces ha hecho ver cómo de manera general la potestad legislativa en el diseño de los regímenes disciplinarios está limitada por el fin que persigue, cual es el de asegurar el cumplimiento de la función pública por parte de las autoridades, dentro de los principios a que se refiere el artículo 209 superior. Por ello, en general los regímenes disciplinarios no pueden elevar a la categoría de falta cualquier clase de comportamiento, sino exclusivamente aquellos que afectan la función pública que compete a los servidores del Estado. Otra interpretación conduciría a desconocer la cláusula general de libertad por la que opta nuestra Constitución. En tal sentido ha dicho la Corte que el legislador solo puede tipificar como conductas relevantes en el ámbito disciplinario aquellos comportamientos que afecten los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas. Y que el fundamento de la imputación y, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público.

(...) dado que el límite de la potestad sancionadora se encuentra en la afectación o amenaza de afectación del servicio, la Corte encuentra que la falta disciplinaria consagrada en el numeral 4 del artículo 60 solo se ajusta a la Carta si se entiende que el comportamiento descrito en ella es desplegado por un militar que se encuentra en servicio, es decir en el cumplimiento de funciones militares. Por lo tanto, aquellas conductas desplegadas por fuera de estas circunstancias, o en el ámbito de la vida privada del militar, no pueden ser sancionadas"[22].

Con todo, el alcance del fuero militar como límite no se circunscribe exclusivamente a la referida libertad de configuración legislativa –en la etapa de confección de la norma–, habida cuenta de la improcedibilidad del reproche judicial o administrativo en aquellos casos en que no se evidencie la afectación sustancial o material de la función pública o el interés jurídicamente tutelado.

4.2. **El fuero penal militar como derecho-garantía**

"La Institución del fuero militar se justifica solo en razón a la índole e importancia de la actividad que cumple la Fuerza Pública, constituyendo este una situación particular y especial en que se coloca a estos sujetos en razón a su misma condición, sacándolos de lo general y común, para darles un tratamiento especializado mas no diferente, ni mucho menos preferente ni privilegiado, como se tiende a creer erradamente, atribuyendo connotaciones que ni la Constitución ni la ley han previsto para el fuero militar" [23].

Si bien las consideraciones jurisprudenciales trascriptas ya habían sido referenciadas antes, conviene traerlas a colación de nuevo a fin de analizar detenidamente su verdadero sentido y alcance. El valor del texto sobre líneas es incuestionable, por cuanto ofrece la claridad conceptual que se requiere para el mejor entendimiento del fuero militar.

En primer término, tras afirmar su constitucionalidad, aclara la Corte que la figura del fuero castrense no constituye un privilegio o prerrogativa irrazonable. Por el contrario, se trata de un mecanismo constitucional y legal que permite el enjuiciamiento *"técnico y especializado"* de quienes tienen el deber de realizar tareas *sui generis,* sujetas a procedimientos y vicisitudes no asimilables a las que ordinariamente se encargan al resto del funcionariado.

Al constituir una justicia especializada, se convierte consecuencialmente en un ***derecho*** del militar –exigible como cualquier otro–, que obliga a las autoridades públicas a propender por su promoción y defensa.

En tanto que derecho, el fuero le sirve, le ***garantiza*** al militar de que su enjuiciamiento se surta con base en consideración de las pecularidades que caracterizan su actividad castrense o policiva. De ahí la importancia de la idoneidad de quienes les compete la investigación y el juzgamiento del militar o el policía por cuenta de una actividad relacionada con su servicio.

No requiere demostrarse que el escrutinio judicial de cualquier actividad humana, desprevenido de la lógica que le es propia terminará siendo apenas un simulado ejercicio jurisdiccional, pues en el fondo, constituye un arbitrario y despótico acto de autoridad, reprobable bajo la égida del Estado de Derecho; o, como mejor lo explica el profesor *Carlos Bernal Pulido*, una irracional decisión judicial:

"El problema básico que las teorías de la argumentación jurídica se proponen en el ámbito

22 Sentencia C-431 de 2004, con ponencia del doctor *Marco Gerardo Monroy Cabra.*

23 Sentencia C-1149 de 2001, con ponencia del doctor *Jaime Araújo Rentería.*

de la aplicación judicial es el de la racionalidad de las sentencias judiciales. (...) de acuerdo con WRÓBLEWSKI, 'una decisión racional es una decisión justificada'. Para que una decisión esté justificada no es necesario que sea verdadera, ni justa desde un punto de vista objetivo. Sin embargo, tampoco es una decisión justificada aquella que ha sido adoptada de modo intuitivo o arbitrario por el juez, y que se explica ex post mediante una fachada apócrifa de argumentos jurídicos. (...) Asimismo, de acuerdo con ATIENZA, una decisión es racional si respeta las reglas de la lógica deductiva, así como los principios de la racionalidad práctica: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; si se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del derecho de carácter vinculante, y si no se adopta sobre la base de criterios éticos o políticos, no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico".

5. **El fuero militar como materialización efectiva del debido proceso –el juez natural y sus valoraciones–.**

Uno de los aspectos que con mayor frecuencia está ausente en los debates y estudios sobre el fuero y la justicia penal militar, es el atinente a su relación con la decimonónica garantía fundamental del ***debido proceso***, predicable de los militares y policías por el solo hecho de ser persona.

A menudo, la superficialidad con que se aprecia la naturaleza de la institución conlleva a la adopción de posiciones conceptuales sesgadas, que terminan cuestionando hasta la naturaleza jurisdiccional de la actividad judicial del juez penal militar; cuestión esta, por demás, resuelta definitivamente por la Corte Constitucional.

"Si bien, de acuerdo a nuestra Carta Política "la jurisdicción penal militar" orgánicamente no integra o no forma parte de la rama judicial, ***sí administra justicia en los términos, naturaleza y características consagradas en el artículo 228 ibídem, esto es, en forma autónoma, independiente y especializada****"*[24]. (Resaltado fuera de texto).

Empero, *¿de qué modo contribuye la configuración de un régimen sancionatorio especial o excepcional a la vigencia del debido proceso de determinados individuos?* Pareciera que la respuesta es una obviedad; pues bien, conforme a lo ya dicho, así resultaría ser. Con todo, es menester precisar algunas cuestiones, sumamente relevantes, que terminarán por aproximarnos aún más al entendimiento de nuestro objeto de análisis.

En primer lugar, es oportuno recordar que, el ***debido proceso***, como garantía fundamental de las personas, tuvo su nacimiento en la celebérrima Carta Magna de 1215, como un modo de alinderar el magnánimo poder del rey Juan –*due process of law*. El artículo 39 de la Carta pareciera una disposición derivada de la ilustración y la revolución de los derechos y las libertades de tiempos no tan remotos:

"Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, ***sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino****".*

Es interesante, en relación con el aparte sobre líneas, la referencia al ***"juicio de pares"*** como un elemento sustancial del debido proceso. De ahí que sea tradicionalmente característico de los sistemas criminales de estirpe anglosajón el juicio por jurados[25]. Sin embargo, la garantía del debido proceso no se agota enteramente, ni mucho menos se restringe, con la institucionalización de jurados en las causas penales, al punto que, en la actualidad, los más reconocidos doctrinantes del garantismo penal le reconozcan una naturaleza ampliada. Tal es el caso del profesor italiano Luigi Ferrajoli, quien en su magistral obra *"Derecho y Razón –Teoría del garantismo penal–"* sugiere de dicha garantía un doble carácter:

"**–orgánico–** *Las garantías relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto a los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y acusación, juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etc.".*

24 BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D. C., 2005. Página 50.

25 Sentencia C-1149 de 2001, con ponencia del doctor *Jaime Araújo Rentería.* En este sentido, conforme a lo anterior, el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, establece que administran justicia: la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los Jueces y la **Justicia Penal Militar**; función que es extendida a las autoridades de los **pueblos indígenas** y a los **Jueces de Paz** conforme a lo estipulado en los artículos 246 y 247 de la Constitución Política.

En Colombia, la Ley 522 de 1999 establece en sus artículos 1°, 2° y 3° los criterios para que opere el fuero militar y determina los actos relacionados con el servicio, proposición replicada en la Ley 1407 de 2007, por medio de la cual se expide el Código Penal Militar en su artículo 1°. Asimismo, en los artículos 2° y 3° de la anterior normatividad se consagra qué delitos son relacionados con el servicio y cuáles no, para concluir que los delitos relacionados con el servicio: "…*Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado*…" y los delitos no relacionados con el servicio*: 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, ni 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".*

"–**procesal**– *Las garantías relativas a la formación del juicio, es decir, a la recolección de las pruebas, al desarrollo de la defensa y a la convicción del órgano judicial: como la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba, el principio de contradicción, las formas de los interrogatorios y demás actos de instrucción, la publicidad, la oralidad, los derechos de la defensa, la motivación de los actos judiciales, etc"*[26].

Así las cosas, tendremos que aceptar, sin desconocer los aportes doctrinarios de aproximadamente siete siglos, que la noción nuclear de la institución del *juez natural* –como elemento del debido proceso—, radica en la certidumbre de que el juzgador, no solo sea independiente, preexistente e imparcial, sino "conocedor" de los asuntos expuestos a su examen. En la sentencia C-1149 de 2001, el Tribunal Constitucional colombiano fue incluso más exigente a la hora de estimar el grado de conocimiento que debe ostentar el operador judicial en materia militar:

"No se trata de favorecer la impunidad con la existencia misma de dicha institución, pero sí, debe ser concebido dicho fuero solo bajo la perspectiva de la existencia de un ***órgano jurisdiccional especializado****, independiente, autónomo e imparcial,* ***que para el efecto constituye el juez natural especial****, a quien la Constitución y la ley le ha confiado la misión del juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio".*

"Se tiene entonces que el fuero penal militar da lugar a la existencia de un régimen penal especial y en general lo constituye el régimen penal ordinario*"*[27].

Parece ser que, para la Corte, no basta con que el operador judicial en materia militar o policial "conozca de estas actividades" o "esté en capacidad de hacerlo con la sustanciación del proceso", sino que se requiere de un grado mayor de conocimiento, ***especializado*** –para emplear los mismos términos de la Corporación.

Con todo, considerando la singularidad de este tipo de tareas y procedimientos, en determinadas situaciones solo un cierto nivel de familiaridad con la milicia permitiría comprender adecuadamente sus particularidades, lo que, parafraseando a Dworkin, se conocerían como *"casos difíciles".* De ahí que la Corte Constitucional conciba este funcionario especializado como un auténtico ***"Juez Natural",*** lo cual trae aparejada una notoria implicación en la manera de entender como satisfecha la garantía fundamental al debido proceso.

En efecto, ni más ni menos, dicho pronunciamiento insinúa que, en tanto y en cuanto el militar o el policía se encuentren en cumplimiento de una actividad funcional, su juez natural no sería otro distinto al penal especial – convirtiéndose entonces, en excepcional la asignación de competencia en cabeza de un juez ordinario[28]. Una aseveración en sentido contrario, devendría en irracional por el desconocimiento de la lógica constitucional en virtud de la cual se ha ordenado la administración de justicia en nuestro medio, al tiempo que comprometería gravemente la garantía fundamental del militar a ser juzgado por sus pares[29].

Esto último así, en el entendido de que la labor de enjuiciamiento de un militar o policía con ocasión de una conducta punible cometida durante su servicio y relacionada con el mismo, supone una doble ***valoración judicial,*** mucho más exigente que la que demanda el procesamiento de delitos comunes: ***una valoración fáctica-operacional y otra valoración jurídica.***

Lo primero –***la valoración fáctica-operacional***–, requerirá del juez o el investigador, el conocimiento de la organización jerárquica militar, grados, distintivos y niveles de mando, las responsabilidades a estos aparejadas, la jerga o la terminología técnica militar, así como un sinnúmero de contingencias que complejizan en la práctica el planeamiento, el control y la ejecución de una operación militar u operativo policial. Aspectos trascendentales que incidirán de modo determinante en la percepción del caso que se le plantea.

De esta manera, difícilmente un operador ajeno a la milicia y sus singularidades, podrá comprender sin malicia alguna las razones por las que una determinada operación militar lleve el nombre de "arrasador", "destructor", "avasallador" o "demoledor". Mientras que, a partir de una prejuiciosa estimación[30], ligeramente se vincularía dicho ró-

26 Los constitucionalistas norteamericanos del siglo XVIII, establecieron dicho principio en los artículos consagratorios del debido proceso. Tal es el caso de la Quinta y Sexta Enmienda. Esta última prescribe: *"En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito haya sido cometido; tal distrito previamente habrá sido determinado conforme a la ley y dicho acusado será informado de la índole y el motivo de la acusación; será confrontado con los testigos que se presentan en su contra; tendrá la obligación de obtener testimonios a su favor, y contará con la asistencia jurídica para su defensa".*

27 FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.* Páginas 539 y 540.

28 Sentencia C- 1149 de 2001, con ponencia del doctor *Jaime Araújo Rentería.*

29 No obstante, dicha premisa no tiene el carácter de absoluto, habida cuenta de la restricción competencial que pesa sobre justicia penal militar en relación con delitos que por su particular gravedad exceden cualitativamente el servicio. En la tercera parte del presente escrito se abordará calmadamente el asunto.

30 De este modo, el artículo 250 Superior prevé este juego de generalidades y excepciones al disponer que ***"****La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca*

tulo con la orden de "arrasar", "destruir" o "avasallar", literalmente, una población y sus bienes con el fin de doblegar la voluntad de lucha del enemigo –haciendo expresa alusión a la *"política de tierra quemada"* o *"tierra arrasada"*–[31], un conocedor de esta particular doctrina e idiosincrasia concluiría, de manera lógica, que se trata de una nominación ligada simplemente a la primera letra del mes en que se firma la respectiva orden de operaciones[32]. Un cuestionamiento al respecto sería tanto como tratar de poner en tela de juicio el práctico sistema de nominación de Huracanes formados en el Atlántico, empleado desde 1953 por el *National Hurricane Center* o, en la actualidad, por la *Organización Mundial de Meteorología*, que recurre a nombres de mujeres y hombres (a penas desde 1979 por el reclamo del movimiento feminista); de modo que, deviniera en irracional un eventual reclamo de una persona cuyo nombre coincidiera con alguno de los incluidos en estas listas[33], por considerar que lo estigmatiza, directa o indirectamente, como un individuo destructivo e indeseable.

Algo similar ocurre con la distinta connotación o alcance que suele reconocerle a determinadas expresiones o procedimientos; tal es el caso del alcance del término ***"combate"***. Si para un militar procesado, que se haya visto involucrado en un enfrentamiento armado de cualquier intensidad, el mentado vocablo está asociado a cualquier intercambio de disparos –nutrido o no–, pudiera acontecer que quien se encargue de valorar el alcance de sus declaraciones tenga una preconcepción mental del mismo bastante más restrictiva, solo referida a extraordinarios eventos en que se enfrentan estructuras armadas con similar capacidad de fuerza, en un ideal campo de batalla (como ocurriría en una guerra regular). La sola inconsistencia conceptual, entre procesado y juzgador, respecto de este particular –pero capital– aspecto del caso por resolverse, supone terribles y, posiblemente, insuperables problemas de entendimiento y comunicación, que repercute de manera negativa en la efectividad de la defensa de aquel.

No está por demás, destacar que, sobre la "irregularidad" o "asimetría" de los conflictos sin carácter internacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja ofrece reflexiones de suma valía:

"Históricamente, la mayoría de las leyes relativas a los conflictos armados internacionales se basaron en la concepción de la guerra de Clausewitz, posiblemente más bien eurocéntrica, o sea, en el supuesto de conflictos simétricos, que tienen lugar entre ejércitos estatales de fuerza militar aproximadamente igual o, al menos, con estructuras armadas comparables. (...) Pero, aparte de la historia bíblica de David y Goliat, es evidente que la asimetría, entendida como una disparidad del poder militar, no es un fenómeno nuevo. Tampoco es un concepto enteramente extraño al DIH. Dada la disparidad intrínseca de las partes, (...) ***los conflictos armados no internacionales son inherentemente asimétricos****".*[34]

Este tipo de estudios especializados, anclados en la realidad del fenómeno de la guerra, avalan perfectamente conceptos y definiciones establecidos por la doctrina militar, que permite entender adecuadamente sus dinámicas. Para el caso del controvertido término *"combate"*, el Reglamento de Operaciones y Maniobras de Combate Irregular vigente para las tropas del Ejército Nacional, trae la siguiente definición:

"1.3. DESARROLLO DEL COMBATE IRREGULAR

El combate irregular también tiene etapas en las cuales se parte de las más sencillas, donde pequeñas Unidades buscan neutralizar los focos

---

la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. ***Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio****. (...)* –resaltado fuera del texto.

31 Sugestivas son las consideraciones de BUFFARINI relacionadas con el derecho penal de autor –comentado por el catedrático argentino *Carlos Parma,* en su libro "ROXIN O JAKOBS ¿quién es enemigo en el derecho penal? De Ediciones Jurídicas Andrés Morales, primera edición 2009, página 15– *"estamos ante una vuelta del derecho penal de autor y su cara visible: el estado peligroso sin delito.* ***Ciertas características personales del infractor son las que explican la pena.*** *El proceso sería el siguiente: se comienzan imputando comunicativamente efectos sociales negativos a determinada clase social para luego, una vez creado el estereotipo y objetivado la idea en el imaginario social, castigar por el solo hecho de pertenecer a esta clase. En pocas palabras, se castiga 'formalmente' lo dispuesto en la ley penal, pero detrás de esta se esconde la condición de pobre, de desempleado o de inmigrante".*

32 Recursivo y desespero recurso militar empleado por el ejército rojo y las milicias estalinistas ante la inminencia de una ocupación, consistente en la devastación de su propio territorio con el fin de impedir que el enemigo se beneficiara de este.

33 Si la operación es firmada en el mes de **a**bril, por ejemplo, discrecionalmente el comandante militar podrá rotular su operación con términos como "**a**rrasador", "**a**vasallador", "**a**manecer" o "**a**vatar".

34 NOMBRES DE TORMENTAS DEL ATLÁNTICO. 2007. Andrea, Barry, Chantal, Dean, Erin, Félix, Gabrielle, Humberto, Ingrid, Jerry, Karen, Lorenzo, Melissa, Noel, Olga, Pablo, Rebekah, Sebastien, Tanya, Van, Wendy. 2008. Arthur, Bertha, Cristóbal, Dolly, Edouard, Fay, Gustav, Hanna, Ike, Josephine, Kyle, Laura, Marco, Nana, Omar, Paloma, Rene, Sally, Teddy, Vicky, Wilfred. 2009. Ana, Bill, Claudette, Danny, Erika, Fred, Grace, Henri, Ida, Joaquin, Kate, Larry, Mindy, Nicholas, Odette, Peter, Rose, Sam, Teresa, Victor, Wanda. 2010. Alex, Bonnie, Colin, Danielle, Earl, Fiona, Gaston, Hermine, Igor, Julia, Karl, Lisa, Matthew, Nicole, Otto, Paula, Richard, Shary, Tomas, Virginie, Walter. 2011. Arlene, Bret, Cindy, Don, Emily, Franklin, Gert, Harvey, Irene, Jose, Katia, Lee, Maria, Nate, Ophelia, Philippe, Rina, Sean, Tammy, Vince, Whitney. 2012. Alberto, Beryl, Chris, Debby, Ernesto, Florence, Gordon, Helene, Isaac, Joyce, Kirk, Leslie, Michael, Nadine, Oscar, Patty, Rafael, Sandy, Tony, Valerie, William.

de amenazas vigentes hasta llegar a etapas más avanzadas cuando Unidades de mayor tamaño se ven obligadas a comprometerse llevando a cabo operaciones coordinadas dentro de diferentes áreas".[35]

Así, lo que en principio no tuviera por qué representar valor judicial alguno, se constituye para el investigado en un estigma que de a poco contribuye a erosionar sus más básicas garantías procesales que le asisten por el solo hecho de permanecer *sub judice.*

Por otro lado, la ***valoración judicial especial*** que requiere el procesamiento de delitos militares, ha de fincarse en la estimación integral de la normativa Constitucional, legal y reglamentaria, así como en los conceptos e instituciones que nutren la doctrina militar y policial, empleada en el planeamiento y conducción de las hostilidades. De lo contrario, el investigado sería presa de una incertidumbre sin par, habida cuenta de que un escrutinio judicial que se funde en patrones normativos diferentes a los que se atendieron al planear y llevar a cabo la actividad militar o de policía, siempre resultará en una decisión irracional –por adolecer de coherencia argumental. Refiriendo a Robert Alexy, el profesor Bernal Pulido arguye que una decisión que se preste de ser racional, debe atender necesariamente los criterios ***normativos, analíticos y empíricos*** propios de cada sistema – nosotros diríamos: de cualquier actividad humana:

"(...) una nueva proposición interpretativa producida en este sistema es tanto más coherente: 1. cuanto más encuentre respaldo en otras proposiciones del sistema o en premisas normativas, analíticas o empíricas que sustenten también otras proposiciones del mismo sistema; 2. Cuanto más responda a las reglas de preferencia o de prioridad incluidas en el sistema, y 3. Cuanto más se base en conceptos generales propios del sistema. (...) ***Si se tiene en cuenta este carácter ideal, se puede decir que una decisión y una motivación serán tanto más racionales cuanto más satisfagan los criterios de racionalidad"***[36].

Ahora bien, quizá la más problemática de las situaciones a las que se enfrenta un operador judicial, indiscutiblemente, se da en torno a la valoración del *uso de la fuerza en desarrollo de una operación militar*. Dependiendo del marco legal por el que opte el censor judicial, asimismo será el sentido de su decisión –lo cual puede ocurrir en todo ejercicio de subsunción–, esto es, el Derecho Internacional Humanitario o el Derecho Internacional de Derechos Humanos. En términos magistrales, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha precisado:

"(...) como cualquier otra –en relación con las operaciones u operativos–*, el marco jurídico y las normas aplicables son determinados por la índole jurídica de la situación en la que se despliega la fuerza.*

(...)

El uso de la fuerza o de armas de fuego para hacer cumplir la ley es, obviamente, una medida extrema. Esta afirmación se desprende de la naturaleza del derecho a la vida como derecho humano fundamental. Desde luego, en un conflicto armado la situación es muy distinta.

Conviene, por ende, explicar los principios que subyacen al uso de la fuerza, sobre todo porque algunos de ellos, como los de ***necesidad y proporcionalidad, se aplican tanto en tareas de mantenimiento del orden como a conflictos armados, pero con significados completamente diferentes****"*[37]. (Resalto fuera de texto).

El planteo del organismo humanitario no podía haber sido presentado de modo más claro. Conforme al cual, el funcionario judicial ha de ser lo suficientemente precavido a la hora de determinar el marco jurídico en que fundará su examen, lo cual estará supeditado inexorablemente a la naturaleza de cada situación. Desconocer tan elemental ejercicio preliminar, devendría en una decisión abiertamente arbitraria.

Resulta conveniente advertir, en aras de lograr una explicación prolija de lo que implica lo dicho hasta el momento, que el desarrollo de las operaciones militares siempre conlleva la afectación, en mayor o menor grado dependiendo de su naturaleza de acuerdo con la doctrina militar y el Derecho Internacional Humanitario[38], de bienes y personas protegidos por el derecho internacional[39]; lo cual no puede constituir razón suficiente para no continuar con el desarrollo de las hostilidades, lo cual implicaría la prohibición absoluta de la guerra –noble pero utópica aspiración– y, con ello la desnaturalización del derecho Internacional Hu-

35 GEISS, Robín. *"Las estructuras de los conflictos asimétricos".* International Review No. 864 CICR. Diciembre de 2006. Páginas 4 y 5.

36 Reglamento EJC. 3-10-1. ***"Reglamento de operaciones y maniobras de combate irregular".*** Conforme la doctrina militar y secular, la expresión combate puede abarcar desde el enfrentamiento armado entre estructuras armadas con poder ofensivo similar, hasta el simple cruce de disparos que se presenta entre una estructura armada y pequeñas unidades cuyo número puede ser bastante reducido según el caso, a la manera típica en que se desarrolla una guerra de guerrillas.

37 BERNAL PULIDO, Carlos. *Ob. cit.* Página 65.

38 Comité Internacional de la Cruz Roja. *"VIOLENCIA Y USO DE LA FUERZA".* Septiembre de 2008. Página 41.

39 Conforme al Reglamento EJC. 3-10-1. *"Reglamento de operaciones y maniobras de combate irregular"*, vigente para el Ejército Nacional colombiano, las siguientes son las operaciones de Combate Irregular, esto
es, aquellas regidas por las normas del Derecho Internacional Humanitario: 1. Operaciones de Registro Control Territorial; 2. Operaciones Sicológicas; 3. Operaciones de Seguridad y Defensa de la Fuerza; 4. Operaciones de Acción Ofensiva.

manitario.

"El Derecho Internacional Humanitario convencional es y ha sido el fruto de un compromiso entre las exigencias humanitarias y los intereses militares, por lo que el esfuerzo esencial del derecho humanitario ha consistido en encontrar un punto de equilibrio".[40]

En este sentido, ante una lesión a un bien jurídicamente tutelado por el ordenamiento interno –verbigracia, la vida–, que motive el ejercicio de la acción penal, en desarrollo de una operación militar planeada y ejecutada atendiendo los principios del Derecho Internacional de los Conflictos Armados[41], el funcionario judicial debe ser muy cauto y juicioso en considerar todos, o al menos los más relevantes, aspectos normativos, analíticos y empíricos que comprende el procedimiento. De este modo, en el caso que nos planteamos, obligadamente tendrá que concluir en la legalidad de la operación y los resultados *materialmente* lesivos al bien jurídico vida e integridad que de ella se deriven, si evidencia:

i) Su imprescindibilidad o necesidad (Principio de Necesidad Militar)[42];

ii) Que el o los individuos muertos en su desarrollo constituían un blanco lícito[43] (Principio de Distinción)[44];

iii) El logro de una ventaja militar –táctica, operacional o estratégica– que represente un valor mayor, cuantitativo y cualitativo, que la afectación incidental provocada a personas y bienes protegidos por el derecho internacional (Proporcionalidad)[45]; y,

iv) Que los métodos y medios empleados no estén prohibidos por las reglas de la guerra que regulan las hostilidades (Principio de Limitación)[46][47].

En definitiva, el reconocimiento del fuero militar y la institucionalización de la Justicia Penal Militar y Policial, constituye un elemento esencial del Estado de Derecho, ideal para el mantenimiento de la disciplina al interior de la Fuerza Pública, sin distingo alguno del contexto fáctico de cada momento. Su reconocimiento es connatural a la existencia misma de las fuerzas armadas, circunstancia reconocida tradicionalmente por el sistema normativo nacional.

El juez penal militar, por mandato Constitucional, constituye ***juez natural*** del militar o policía en servicio activo y con relación a las conductas que

---

40 Lo que la doctrina militar norteamericana ha denominado como *"daños colaterales"* o *"daños incidentales"*.

41 DOMENECH OMEDAS, José Luis y otros. *"Derecho aplicable a la Conducción de las Hostilidades"*, Universidad Oberta de Catalunya y Cruz Roja Española. XP07/930042/00001. Barcelona, España, 2007. Página 31.

42 ***"2.5. El derecho internacional humanitario en sentido general o derecho internacional de los conflictos armados.***

A partir de la Resolución número 2444 (1968) de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el respeto de los derecho humanos en los conflictos armados, se produce una convergencia entre el derecho de la guerra (regulación de los medios y modos de hostigar) y el derecho internacional humanitario (protección de las víctimas de los conflictos armados), puesto que se cae en la cuenta de que, para proteger con mayor eficacia a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, población civil y bienes culturales, es preciso limitar el uso de la fuerza estableciendo reglas sobre la conducción de las hostilidades." CÁCERES BRUN, Joaquín. *"Protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados"*. Universidad Oberta de Catalunya y Cruz Roja Española. XP06/930041/00001. Barcelona, España, 2006. Página 19.

43 *"En todo conflicto armado, puede haber modificaciones o incluso derogaciones a las reglas de protección de personas y bienes en caso de que el cumplimiento de la misión las haga imprescindibles, no haya otra alternativa y estén admitidas expresamente."* DOMENECH OMEDAS, José Luis y otros. *Ob. cit.*, página 31.

44 El Derecho Internacional Humanitario no define en forma expresa al *objetivo lícito* de la acción militar (Esto es, en cuanto a las personas); no obstante, al reconocerle el estatus de protección a las personas que no participan directamente en las hostilidades, permite concluir sin temor a equívocos que, *contrario censu*, respecto de todo aquel que sí lo hace (Art. 43.2 Protocolo I Adicional) resulta permitido, y por tanto legítimo a la luz de las reglas de la guerra, efectuar una acción militar directa (Hacer uso letal de la fuerza). Entre otras normas humanitarias que así lo indican, el artículo 3º Común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el artículo 41 del Protocolo I Adicional, son los más evidentes:

Art. 3º Común. *"1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo".*

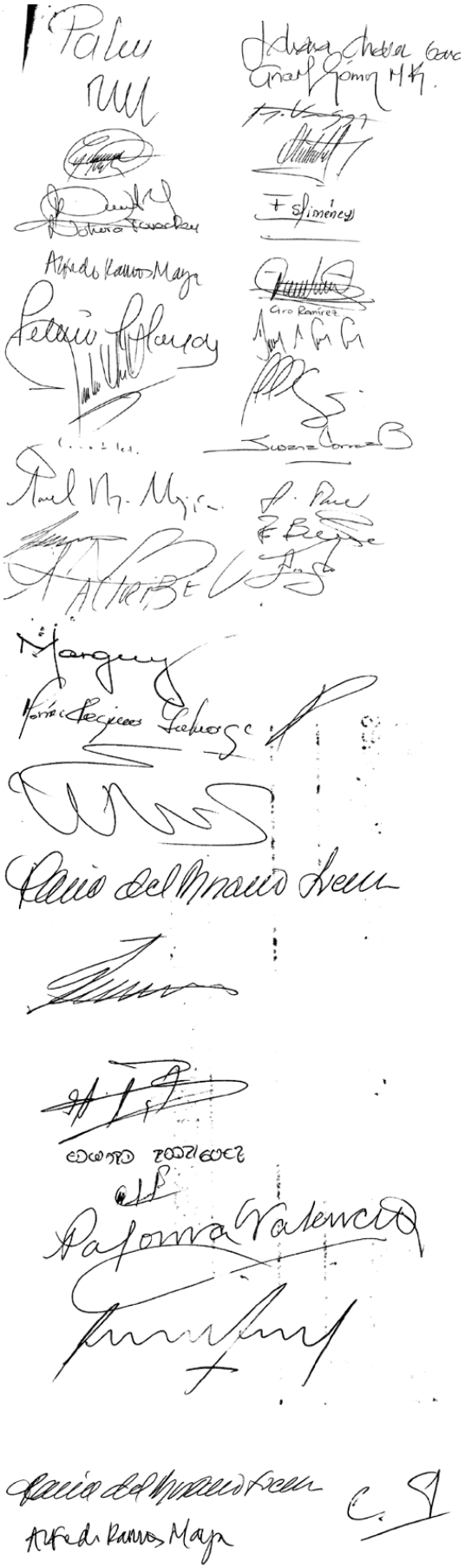
Art. 41, PI. *"Salvaguardia del enemigo fuera de combate. 1. Ninguna persona podrá ser objeto de ataque cuando se reconozca o, atendidas las circunstancias, deba reconocer que está fuera de combate".*

Asimismo, el artículo 52.2 el Protocolo Adicional I, prevé que *"en lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida".*

45 Artículo 48, Protocolo Adicional I de 1977: *"A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares".*

46 Artículo 51 Protocolo I Adicional de 1977: *"5. Se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque* –por tanto, prohibidos por el DIH—*: b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista".*

47 Artículo 35 Protocolo I Adicional de 1977: *"1. En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado";*



SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL – TRAMITACIÓN LEYES

Bogotá, D. C., 21 de julio de 2014

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 10 de 2014 Senado *por el cual se reforma el artículo 221 y se adicionan los artículos 221A y 221B y se modifica el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia*, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por los honorables Senadores *María del Rosario Guerra, Alfredo Ramos, Honorio Henríquez, Nohora Tovar Rey, Susana Correa, Álvaro Uribe Vélez, Paloma Valencia, Thania Vega*. La materia de que trata el mencionado Proyecto de Acto Legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Julio 21 de 2014

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el Proyecto de Acto Legislativo de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la ***Gaceta del Congreso***.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

José David Name Cardozo.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

* * *

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 11 DE 2014 SENADO

por medio del cual se adicionan los artículos 107, 122 y 134 de la Constitución Nacional.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Modifíquese el artículo 107 de la Constitución Política de Colombia así:*

Artículo 107. Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como princi-

pios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos.

Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a Corporaciones Públicas, de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos y en la ley.

En el caso de las consultas populares se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral. El resultado de las consultas será obligatorio.

Los Directivos de los Partidos y Movimientos Políticos deberán propiciar procesos de democratización interna y el fortalecimiento del régimen de bancadas.

Los Partidos y Movimientos Políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación, así como también por avalar candidatos elegidos en cargos o Corporaciones Públicas de elección popular, quienes hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo al cual se avaló mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados **la Administración Pública** la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

Los partidos o movimientos políticos también responderán por avalar a candidatos no elegidos para cargos o Corporaciones Públicas de Elección Popular, si estos hubieran sido o fueren condenados durante el período del cargo público al cual se candidatizó, mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con **la Administración Pública,** la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente.

Las sanciones podrán consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, hasta la cancelación de la personería jurídica. Cuando se trate de estas condenas a quienes fueron electos para cargos uninominales, el partido o movimiento que avaló al condenado, no podrá presentar candidatos para las siguientes elecciones en esa Circunscripción. Si faltan menos de 18 meses para las siguientes elecciones, no podrán presentar terna, caso en el cual, el nominador podrá libremente designar el reemplazo.

Los directivos de los partidos a quienes se demuestre que no han procedido con el debido cuidado y diligencia en el ejercicio de los derechos y obligaciones que les confiere Personería Jurídica también estarán sujetos a las sanciones que determine la ley.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Artículo 2°. *Modifíquese el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia así:*

Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados o **afectados con medida de aseguramiento dentro de un proceso penal, mientras subsista el proceso,** por delitos relacionados con **el ejercicio de mecanismos de participación democrática, la Administración Pública,** pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Artículo 3°. *Modifíquese el artículo 134 de la Constitución Política de Colombia así:*

Artículo 134. Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, y aceptada por la respectiva Corporación, sanción disciplinaria consistente en destitución, pérdida de investidura, condena penal

o medida de aseguramiento por delitos distintos a los relacionados con **la Administración Pública,** pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad o cuando el miembro de una Corporación pública decida presentarse por un partido distinto, según lo planteado en el Parágrafo Transitorio 1° del artículo 107 de la Constitución Política.

En tales casos, el titular será reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

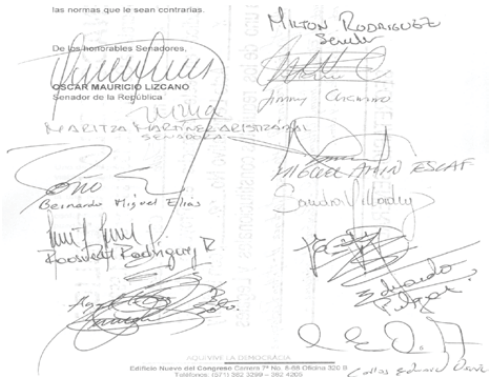
Como consecuencia de la regla general establecida en el presente artículo, no podrá ser reemplazado un miembro de una corporación pública de elección popular a partir del momento en que le sea proferida orden de captura, dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la **Administración Pública,** pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad y **el partido o movimiento político que lo haya avalado perderá el derecho de inscripción de la respectiva curul para las siguientes elecciones.** La sentencia condenatoria producirá como efecto la pérdida definitiva de la curul, para el partido al que pertenezca el miembro de la Corporación Pública.

No habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo. La renuncia de un miembro de corporación pública de elección popular, cuando se le haya iniciado vinculación formal por delitos cometidos en Colombia o en el exterior, relacionados con pertenencia la **Administración Pública,** promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática, de lesa humanidad, generará la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal o edil, y no producirá como efecto el ingreso de quien corresponda en la lista. Las faltas temporales no darán lugar a reemplazos.

Cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no pueda ser reemplazado un miembro elegido a una Corporación Pública, para todos los efectos de conformación de quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas.

Si por faltas absolutas, que no den lugar a reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Gobierno convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falte más de dieciocho (18) meses para la terminación del período.

Artículo 4°. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Uno de los principios que fundamentan y caracterizan la edificación de un Estado viable, benefactor, próspero y pujante es sin duda la ponderación de los líderes que rige sus destinos, es tan importante la calidad y competencia de los líderes de una Nación que su desempeño determina el futuro de generaciones enteras, podemos citar centenares de ejemplos en los cuales una sociedad aunque conformada por miembros intelectualmente activos, trabajadores y disciplinados puede llegar al declive por la mala calidad de sus gobernantes, por citar uno de ellos podemos mencionar a la Alemania Nazi donde pese al nivel intelectual y el talante trabajador del pueblo alemán su país quedó sumido en la más profunda miseria económica y moral.

No saber escoger a sus líderes lleva fácilmente a una Nación al fracaso. Para que una sociedad salga adelante de manera eficaz, debe tener unos dirigentes que la sepan llevar a buen puerto no sólo con medidas audaces para sortear los dilemas estatales; sino que debe tener una condición ética que le permita ser ejemplo para sus habitantes. Una óptima condición ética nace del respeto por la sociedad, por lo público, por lo que es de todos.

Para que un líder entienda y cumpla estas condiciones es necesario garantizarle a la sociedad unas herramientas mínimas sobre las cuales pueda tener confianza en que los gobernantes y dirigentes de turno cumplen sus funciones bajo los presupuestos del bien común y no bajo los del presupuesto del bien personal.

En nuestro país ha venido presentándose muchas situaciones que escandalizan a la sociedad y cada vez más se encuentra que líderes en principio considerados probos, diligentes, han ido desviándose de los fines para los cuales fueron elegidos y han defraudado a la sociedad entera que una vez les brindó su confianza. Aunque ya la justicia será la encargada de determinar grados de responsabilidades en casos particulares, es necesario que la legislación encuentre herramientas que puedan favorecer cada vez más lo público y hagan que las reglas de participación política respondan y se identifique con lo que nuestra sociedad busca.

Los escándalos de corrupción que hoy por hoy estamos viendo tal vez no sean los únicos en la historia de nuestra patria pero el nivel de estupor e indignación que la sociedad colombiana ha venido manifestando constituye un campanazo para que el

Congreso de la República mire los infaustos sucesos con una óptica verdaderamente representativa y tome medidas que puedan servir para garantizar y amparar los principios de honestidad que reclama la colectividad.

El país, que antes podía mostrarse adormecido por el día a día de la vida particular, cuenta hoy con muchas herramientas tecnológicas y publicitarias que llevan a que el conformismo y la indiferencia de antes estén siendo sustituidos por la crítica y exigencia de ahora. Por ello en nuestro país ya se ha venido experimentando manifestaciones multitudinarias que reclama cambios en el sistema de gobernanza nacional, que evidencian un desconsuelo y un hostigamiento hacia las maneras, los contenidos y las formas en que las decisiones gubernamentales, los hechos políticos y las vicisitudes judiciales llegan a la sociedad. En este estado de cosas se puede detectar que la sociedad reclama de sus líderes una tabla de valores guiada y apoyada en el muy nombrado y poco atendido "bien común".

En este camino son varias las reformas legislativas que se han hecho para depurar la política colombiana, para que estas traduzcan el querer de nuestra sociedad. Ejemplo de ello serían las reformas constitucionales introducidas en el Acto Legislativo número 01 de 2009, que permitieron plasmar aspectos relevantes en el modelo de responsabilidad política y lograron que el ordenamiento jurídico respondiera a las nuevas realidades sociales dentro de un contexto colectivo que exigía mayor dinamismo institucional ante flagelos antisociales como la parapolítica.

La reforma logró consolidar una legislación más moderna con herramientas eficaces que graduablemente han permitido aislar la perversa relación de la política con los grupos armados al margen de la ley, dando un equilibrio entre el derecho penal y la política nacional. Mecanismos como la aplicación de la silla vacía, la responsabilidad de los partidos en el proceso de avales, la posibilidad de revocatoria de inscripción de candidatos y la concurrencia del Estado en la financiación de los partidos y movimientos políticos, entre otras herramientas fortalecieron el funcionamiento de la mecánica política impulsando la erradicación de las malas prácticas políticas que en su momento respondieron a las necesidades nacionales que clamaban por reformas que aseguraran un funcionamiento político ausente de la penetración de grupos ilegales con estructuras militares, narcotraficantes, guerrilleras y paramilitares que lograron permear las esferas legislativas y los poderes territoriales del país.

Pese a este importante avance, hoy toma fuerza, con visos de angustia la concurrencia del ejercicio político con prácticas de corrupción que flagelan el bien común y producen una desconfianza del país hacia la clase dirigente. La gravedad del daño que causan a la sociedad los delitos relacionados con corrupción, socavan el establecimiento político y administrativo y traza la necesidad de extender el sistema planteado en la reforma pasada a los delitos contra la Administración Pública.

En este sentido, es menester que la legislación vaya acorde con las exigencias sociales que buscan una política hecha por personas éticamente activas que miren siempre a su comunidad antes que así mismos. Las circunstancias sociales actuales crean la necesidad de imponer cambios en la legislación constitucional, que cree nuevas sanciones contra el personal político que acostumbre prácticas ilegales corruptas para llegar a los establecimientos públicos. Para ello, se requiere reestructurar y complementar la reforma constitucional del Acto Legislativo de 2009 ampliando las restricciones personales de los elegidos y la responsabilidad de estos, relacionadas con corrupción administrativa.

La reforma anterior incluyó un régimen de responsabilidad política colectiva en materia sancionatoria, modificando el artículo 107 de la Carta. En él incluyó elementos fundamentales en materia sancionatoria contra los partidos políticos que tuvieran nexos con grupos al margen de la ley, o que se financiaran con dineros ilícitos. Hoy estas sanciones pueden llegar desde la imposición de multas hasta la cancelación de la personería jurídica y la imposibilidad de presentar candidatos para la siguiente elección en cargos uninominales, pero sólo por condenas ejecutoriadas de delitos relacionados con vinculación de grupos armados ilegales, actividades de narcotráfico y contra los mecanismos de participación democrática. En este particular se pretende adicionar la norma –artículo 1° del proyecto– circunscribiendo a estas sanciones, los delitos contra la Administración Pública que se encuentren contenidos en nuestra legislación Penal[1]

En el mismo sentido, la norma constitucional contempla hoy que no pueden estar inscritos como candidatos a elección popular, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico. Con esta reforma propuesta se ampliarían las inhabilidades constitucionales a los delitos contra la administración pública y se aplicaría no solo a los condenados por dichos delitos, sino a los afectados con medidas de aseguramiento dentro de un proceso penal relacionado con los punibles mencionados.

Ahora bien, la reforma constitucional mencionada, también contempló mecanismos sancionatorios de responsabilidad personal en materia política derivada de hechos judicialmente sustentados. Este mecanismo fue incluido en el artículo 134 superior y menciona que los miembros de corporaciones públicas de elección popular que hayan sido condenados o se les haya dictado orden de captura dentro de un proceso penal por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad. A esta disposición conocida comúnmente como la silla vacía, la norma propuesta buscaría aplicarla también a lo delitos relacionados con el ejercicio de mecanismos de participación democrática y contra la Administración Pública.

---

1 Título XV del Código Penal Colombiano. Delitos Contra La Administración Pública. Artículos 397 y siguientes–

Con estas adiciones constitucionales, esperamos enfocar la Constitución a las nuevas realidades sociales, dar herramientas al Estado para que pueda preciarse de las calidades de sus dirigentes y restringir los esguinces que se le hacen a la responsabilidad política de cara a la comunidad nacional.

El presente proyecto de Acto Legislativo busca que las instituciones de elección popular estén representadas por parlamentarios, diputados o concejales dedicados a plenitud en su actividad parlamentaria, por ello, mediante una adición constitucional se busca que el partido que tenga curules pertenecientes a personas que se encuentren inmersas en investigaciones penales por delitos contra los mecanismos de participación democrática o contra la Administración Pública, que se les haya dictado medida de aseguramiento, pierdan su curul definitivamente, así mismo el partido que haya otorgado aval al implicado perderá su derecho a presentar candidato para la respectiva curul en las próximas elecciones.

Por último, consideramos que la disposición desaparecerá la posibilidad de que algunos parlamentarios sean reemplazados por otros de la misma lista que obtuvieron unas votaciones que se consideran insuficientes para dar legitimidad y detentar ciertas dignidades, de igual forma evitaría las persecuciones a que eventualmente se verían expuestas las personas que detentan curules por los aspirantes que esten en listas para sucederlos.

SENADO DE LA REPÚBLICA
Secretaría General (Arts. 139 y s.s. Ley 5ª de 1992)

El día 22 del mes de julio del año 2014, se radicó en este Despacho el Proyecto de Acto Legislativo número 11, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por los honorables Senadores *Mauricio Lizcano A., Maritza Martínez A., Milton Rodríguez, Bernardo M. Elías, Jimmy Chamorro C., Roosvelt Rodríguez, Eduardo Pulgar Daza* y otros.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL
Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 22 de julio de 2014

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 11 de 2014 Senado, *por medio del cual se adicionan los artículos 107, 122 y 134 de la Constitución Nacional,* me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General, por los honorables Senadores *Óscar Mauricio Lizcano, Maritza Martínez, Jimmy Chamorro, Bernardo Miguel Elías, Milton Rodríguez, Miguel Amín Scaff, Roosevelt Rodríguez, Sandra Villadiego, Carlos Enrique Soto, Eduardo Pulgar Daza*.

La materia de que trata el mencionado proyecto de Acto Legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 22 de julio de 2014

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el Proyecto de Acto Legislativo de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional, con el fin de que sea publicado en la ***Gaceta del Congreso***.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

José David Name Cardozo.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

CONTENIDO

Gaceta número 370 - jueves 24 de julio de 2014

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE LEY

Págs.

Proyecto de acto legislativo número 08 de 2014, por el cual se modifica el artículo 20 de la Constitución Política, se establece el acceso a banda ancha en internet como derecho fundamental y se dictan otras disposiciones 1

Proyecto de acto legislativo número 09 de 2014 Senado, Por medio del cual se crea un Tribunal Nacional pro témpore para la fuerza pública 6

Proyecto de acto legislativo número 10 de 2014 Senado, por el cual se reforma el artículo 221 y se adicionan los artículos 221A y 221B y se modifica el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia 10

Proyecto de acto legislativo número 11 de 2014 Senado, por medio del cual se adicionan los artículos 107, 122 y 134 de la Constitución Nacional 28

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - 2014