



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Bogotá D.C., 8 de febrero de 2016.

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Corte Constitucional

E. S. D.

Referencia: Expediente D-11158. Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 2o (parcial), 3o (parcial), 71, 8, 11, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 41, 42, 43, 44, 48, 50, 54 (parcial), 58, 65, 71, 72, 74, 75, 83, 90, 109 (parcial) y 110 de la Ley 1765 de 2015, “Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones”; y contra los artículos 294 (parcial), 298 y 299 (parcial) de la Ley 1407 de 2010, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

Demandantes: Luz Marina Bernal Parra y otros.

¹ Es pertinente aclarar que, respecto de este artículo, la demanda contiene un error formal. De la lectura de ésta se concluye que cuando los accionantes se refieren al artículo 7º de la Ley 1765, en realidad están citando el contenido del artículo 9º. Los títulos de los acápites 3.1.2 y 3.1.2, que hacen parte de la sección 3.1. (“Ampliación indebida de la competencia de la justicia penal militar”) versan sobre la presunta inconstitucionalidad de los artículos 7º y 8º de la citada Ley. No obstante, su argumentación es sobre la inexequibilidad de éste último artículo y del 9º.



Respetado Magistrado:

RAFAEL JOSÉ LAFONT RODRÍGUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.425.255, obrando en mi calidad de Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 9 del Decreto 016 de 2014², de forma respetuosa me permito intervenir en el presente proceso, con el fin de solicitar que:

- (i) **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 2 de la Ley 1765 de 2015, por los cargos analizados y en el entendido que la expresión “en lo pertinente”, se refiere a asuntos de carácter laboral y administrativo, aplicables a los miembros de la fuerza pública en retiro y a personal civil o no uniformado que desempeñen cargos en la justicia penal militar y policial.
- (ii) **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015, por los cargos analizados y en el entendido que el ejercicio de la competencia asignada está regulada por el Código Penal Militar y por las reglas establecidas por la Corte Constitucional frente a la justicia penal militar.
- (iii) **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de los apartes, expresamente reseñados en el numeral 4.2.4. de esta intervención y bajo los condicionamientos señalados también en dicho numeral, de las siguientes disposiciones de la Ley 1765 de 2015: último inciso del artículo 20, numerales 4° y 10° del artículo 23, numerales 2°, 3° y 4° del artículo 30, numerales 1° y 5° del artículo 33, artículo 39 y artículo 42.
- (iv) **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de los artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015, por los cargos analizados y en el entendido que las víctimas pueden intervenir

² La norma en cita dispone: “ARTÍCULO 9. DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTRATEGIA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES. La Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales cumplirá las siguientes funciones: (...) 5. Intervenir en los procesos constitucionales y en las demandas de inconstitucionalidad, de interés para la Fiscalía General de la Nación”.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

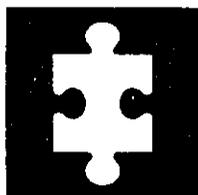
activamente en los preacuerdos y negociaciones que se lleven a cabo en el marco de los procesos adelantados en la justicia penal militar, con el fin de que se respeten las garantías judiciales de las víctimas en estos procesos.

- (v) **DECLARE EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, los artículos 294 y 299 de la Ley 1407 de 2010, por la falta de acreditación por parte de los demandantes de la totalidad de los requisitos que exige la Corte Constitucional para declarar la existencia de una cosa juzgada material.
- (vi) **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 298 de la Ley 1407 de 2010, por los cargos analizados y en el entendido que la Fiscalía General Penal Militar y Policial deberá escuchar y suministrar información relacionada con la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, a quien demuestre al menos sumariamente la calidad de víctima.

Para respaldar las solicitudes en mención, esta intervención (i) señalará las normas acusadas por los demandantes; (ii) hará un breve resumen de los principales fundamentos de la demanda; y (iii) presentará los argumentos que sustentan: (a) la exequibilidad condicionada de los artículos 2, 8, 9, 20 (último inciso), 23 (numerales 4° y 10°), 30 (2°, 3° y 4°), 33 (1° y 5°), 39, 42, 109, 110 y 298 de la Ley 1765 de 2015, y (b) la exequibilidad de los artículos 294 y 299 de dicha Ley, por los cargos presentados.

La Fiscalía General de la Nación no se pronunciará frente a los cargos relativos a: (i) el supuesto vicio de procedimiento en que se incurrió al expedir la Ley 1765 de 2015 y (ii) la “adecuación del sistema penal acusatorio al interior de la Justicia Penal Militar”³. Al respecto, se atenderá a lo que se pruebe dentro del proceso de la referencia.

³ Folio 28 del escrito de demanda.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

I. EL OBJETO DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

A. Las normas demandadas.

Para no estructurar un documento desproporcionadamente extenso, en esta intervención se omite transcribir las normas demandadas por los actores.

B. Normas constitucionales presuntamente infringidas y fundamentos de la violación

Los demandantes sostienen que las leyes acusadas desconocen los artículos 1, 2, 29, 93, 116, 117, 121, 128, 150, 152, 153, 189-3, 213, 216, 218, 227, 228, 229, 230, 235, 237, 241, 246, 250, 251-4 y 256 de la Constitución. Concretamente plantean, entre otros, los siguientes cargos de inconstitucionalidad, frente a los que se referirá la presente intervención de la Fiscalía General de la Nación:

1. Cargo primero. Ampliación indebida de la competencia de la justicia penal militar.

Los demandantes consideran que la cuestión problemática de los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 radica en que “contiene una reforma de fondo en la estructura competencial de la Justicia Penal Militar y Policial, de manera que se amplía sustancialmente el radio de acción de los órganos jurisdiccionales para el conocimiento de determinados delitos que no necesariamente se encuentran relacionados con la función que desempeñan los militares en servicio activo”⁴ (negritas fuera del texto). Con base en lo anterior, a continuación se hará una breve descripción del cargo planteado.

En primer lugar, los actores hacen alusión a los principios generales del fuero penal militar que, en su criterio, son desconocidos por las normas acusadas. En segundo lugar, analizan los delitos contenidos en los

⁴ Folio 38 del escrito de la demanda



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 a partir de cuatro categorías⁵. Lo anterior, con el fin de ilustrar que son delitos que implican una afectación de “bienes jurídicos cuya protección no guarda estrecha relación de conexidad con el servicio militar activo”⁶ y que, en consecuencia, su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Frente a la primera parte, a juicio de los demandantes, las normas acusadas desconocen los “principios de derecho internacional, jurisprudencia interamericana, la Constitución Política y el precedente sentado por la Corte Constitucional”⁷, que sustentan la competencia de la justicia penal militar. Consideran que las disposiciones acusadas no acatan principios generales en materia de justicia penal militar delimitados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y desarrollados por la Corte Constitucional⁸. Es viable concluir que la razón principal para que los actores soliciten la inexecutable de esas disposiciones consiste en su presunta contradicción con el principio de funcionalidad⁹.

Con el fin de ilustrar lo anterior, los demandantes afirman que las normas demandadas contradicen la premisa conforme a la cual la justicia penal militar únicamente puede conocer de “delitos estrictamente militares cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo”¹⁰. Consecuentemente, concluyen que esas disposiciones implican que, de manera injustificada, esa justicia desborda su competencia.

Ahora bien, en segundo lugar y para argumentar por qué las conductas contenidas en los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 no son

⁵ Delitos contra: i) los derechos humanos, ii) la administración pública, iii) la seguridad y iv) delitos sin asignación especial de competencia.

⁶ Folio 55 del escrito de la demanda.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Los demandantes hicieron alusión a las Sentencias C-358 de 1997, C-561 de 1997 y C-709 de 2002, con el fin de ilustrar cómo la Corte Constitucional ha reiterado que “el juzgamiento y sanción de aquellas conductas que constituyan delitos que no caben en la órbita de las actividades del servicio militar, implican un exceso frente al principio de funcionalidad en el sentido de que no guardan relación de directa conexidad con los objetivos que busca defender la institucionalidad castrense”. Folio 42 del escrito de la demanda.

⁹ En palabras de los demandantes, este mandato determina “que la jurisdicción militar tenga un carácter restringido, limitado, excepcional en defensa de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia”. Folio 39 del escrito de la demanda.

¹⁰ Folio 38 del escrito de la demanda.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

competencia de la justicia penal militar, los actores estructuran cuatro categorías de delitos.

La primera fue denominada como delitos contra los derechos humanos. Al respecto, argumentaron por qué, en su criterio, las normas acusadas son inconstitucionales por prever que los Juzgados Penales Militares y Policiales puedan conocer de delitos tales como: i) homicidio, ii) aquellos perpetrados en contra de la población civil y iii) lesiones personales¹¹.

Lo anterior, ya que en la medida en que son conductas que implican la violación de derechos humanos, solamente pueden ser objeto de conocimiento de la jurisdicción ordinaria. A esa conclusión llegaron luego de afirmar que las disposiciones demandadas darían lugar a que conductas de “tortura y tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes”¹², así como ejecuciones sumarias o extrajudiciales y desapariciones forzadas sean conocidas por la justicia penal militar. Concluyen que el anterior escenario implicaría el quebrantamiento del principio de funcionalidad¹³, al tiempo que acarrearía el desconocimiento de lineamientos¹⁴ conforme a los cuales la jurisdicción penal militar es “i) restrictiva, ii) excepcional y iii) de competencia funcional”¹⁵.

La segunda categoría fue identificada como “[d]elitos contra la administración pública”¹⁶. En la misma, incluyen conductas delictivas¹⁷ que implican la afectación de bienes jurídicos como la fe pública¹⁸, el

¹¹ Consagrados en los numerales 1º y 7º del artículo 8º y en el numeral 5º del artículo 9º de la Ley 1765 de 2015, respectivamente.

¹² Folio 44 del escrito de la demanda.

¹³ Incluido en el Proyecto de principios sobre la administración de justicia por los tribunales militares contenido en el Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU. Folio 43 del escrito de la demanda.

¹⁴ Los demandantes citaron pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tales como: Corte IDH, Reparaciones y Costas Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Sentencia 22 de noviembre de 2005, párr. 124. Además, también se refirieron a otros: Corte IDH, Caso de la Masacre de la Rochela Vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia. 11 mayo 2007; Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia. 26 septiembre 2006; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia. 31 enero 2006. Folio 45 del escrito de la demanda.

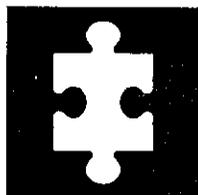
¹⁵ Folio 43 del escrito de la demanda.

¹⁶ Folio 46 del escrito de la demanda.

¹⁷ Los delitos incluidos en esta segunda categoría son los consagrados en los numerales 3 y 4 del artículo 8 y en los numerales 6 y 7 del artículo 9 de la Ley 1765 de 2015.

¹⁸ Según el escrito de la demanda, “[e]n el caso de los delitos contra la fe pública se ha entendido en el ordenamiento penal colombiano que el bien jurídico protegido guarda estrecha relación con la confianza legítima en determinados documentos o ‘símbolos’ que provienen de autoridad pública y que tiene valor como elementos probatorios”. Folio 46 del escrito de la demanda.

PA



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

patrimonio económico¹⁹ y la administración pública²⁰. En opinión de los demandantes, no hay una justificación sólida para que la jurisdicción penal militar pueda investigar y juzgar esos delitos.

Para sustentar esa posición, los actores argumentan que ampliar la competencia de la jurisdicción penal militar a esas conductas desconoce su carácter restrictivo. Lo anterior, porque los bienes jurídicos afectados por los delitos de esta categoría²¹ no se relacionan con el núcleo del servicio castrense y “en la mayoría de los tipos enunciados en los artículos 8 y 9 (salvo algunas excepciones que se enunciarán más adelante) las conductas exceden el ámbito militar y por tanto, se sustrae de la excepción que justifica la competencia de la justicia penal militar”²². En el caso de los delitos contra la administración pública, los demandantes consideran que únicamente podrían ser objeto de conocimiento de la jurisdicción penal militar, aquellas conductas estrictamente relacionadas con el quehacer de las fuerzas militares²³.

En relación con la tercera categoría de delitos, los actores analizaron si ciertos delitos que atentan contra la seguridad pueden ser objeto de conocimiento de la jurisdicción penal militar. Dentro de estos fueron incluidas conductas como “la protección y la información de los datos (art. 8. núm. 2), delitos contra la seguridad pública (art. 8. núm. 5), delitos contra la seguridad de la fuerza pública (art. 8. núm. 6) y delitos contra la existencia y la seguridad del Estado (art. 8. Núm. 8)”²⁴.

Para argumentar la inconstitucionalidad de las normas que consagran estos delitos, los demandantes reiteraron la noción restrictiva del delito militar y particularmente del delito de función. En ese sentido,

¹⁹ Conforme a la demanda, “(...) en los delitos contra el patrimonio económico lo que se busca salvaguardar es el patrimonio y la propiedad sobre determinados bienes, materiales e inmateriales, que sean susceptibles de ser valorados pecuniariamente”. Folio 47 del escrito de la demanda.

²⁰ En la demanda se citó la definición de Díaz y García de Conledo Miguel, *Corrupción y delitos contra la administración pública, Insuficiencias y límites del derecho penal en la lucha contra la corrupción*, RDUC (Managua-Nicaragua), No. 7, 2004, p. 166, que se refiere al “correcto o buen funcionamiento de la administración (en sentido amplio, o si se prefiere otras actividades públicas) o el correcto ejercicio de la función pública (...)”. Cita incluida en Folio 47 del escrito de la demanda.

²¹ La fe pública, el patrimonio económico y la administración de justicia.

²² Folio 47 del escrito de la demanda.

²³ Algunos son el “peculado sobre bienes de dotación, el abuso de autoridad especial y la omisión de apoyo especial” siempre y cuando hubiesen sido perpetrados “con ocasión del servicio activo”. Folio 48 del escrito de la demanda.

²⁴ *Ibidem*.

PA



consideraron que de conformidad con los tribunales de derechos humanos, la justicia penal militar no puede conocer de delitos que atenten contra la seguridad y el orden cuando se trate de una conducta que “no es consecuencia del servicio militar y no es cometida por funcionarios que pertenecen a las fuerza de seguridad del Estado”²⁵. Para concretar su argumento, manifestaron que los delitos de esta categoría generalmente ocurren en situaciones que “no guardan ninguna relación con el servicio militar y que la mayoría de veces son realizados por personal civil”²⁶.

Por último, la cuarta categoría es la de “[d]elitos sin asignación especial de competencia”²⁷. Conforme a las disposiciones aquí acusadas, los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento conocerán de “los delitos que no tengan asignación especial de competencia, siempre y cuando su pena mínima sea superior a tres (3) años de prisión” y los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado asumirán conocerán de los mismos cuando “su pena mínima sea superior a tres (3) años de prisión”.

Para los actores, esas disposiciones desconocen los lineamientos estructurados en relación con el carácter restrictivo de la jurisdicción penal militar y además acarrea una vulneración a derechos tales como “el debido proceso, el derecho al juez natural”²⁸ y a “la democracia misma”²⁹. En ese orden, por un lado, argumentan que de conformidad con los criterios que delimitan la aplicación restrictiva del fuero penal militar, esa jurisdicción únicamente tendría competencia para conocer de conductas delictivas que atenten contra el bien jurídico de la defensa de la comunidad y la garantía de la seguridad, que es la finalidad misma de la actividad militar. Bajo ese supuesto, su competencia no podría ampliarse a otras conductas que desborden la esfera estrictamente castrense, como sí lo permiten las normas acusadas.

²⁵ Folio 49 del escrito de la demanda.

²⁶ Folio 50 del escrito de la demanda.

²⁷ De conformidad con el numeral 8 del artículo 8 y el numeral 8 del artículo 9 de la Ley 1765 de 2015.

²⁸ Folio 51 del escrito de la demanda.

²⁹ *Ibidem*.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

En conclusión, los demandantes consideraron que las disposiciones normativas acusadas comportan una vulneración al carácter restringido y estrictamente limitado de la justicia penal militar. En su criterio, cuando el legislador incluyó los delitos consagrados en los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 como objeto de conocimiento de esa justicia, desconoció máximas conforme a las cuales esta justicia únicamente tiene la facultad de investigar y juzgar delitos militares que afectan bienes jurídicos del ámbito castrense.

- 2. Cargo segundo. El artículo 2 de la Ley 1765 de 2015 establece el juzgamiento de civiles por parte de la justicia penal militar, a pesar de encontrarse prohibido por la Constitución y los tratados internacionales.**

Afirman los demandantes que el artículo 2 de la Ley 1765 de 2015 es inexecutable, pues desconoce el principio de independencia judicial, los derechos a la igualdad y al juez natural y el último inciso del artículo 213 de la Constitución Política, referente a la prohibición de investigar o juzgar civiles por la justicia penal militar, aún en caso de estado de conmoción interior.

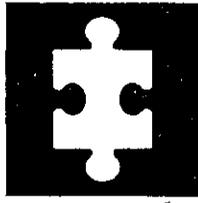
Consideran los demandantes que la disposición “extiende la competencia de la Justicia Penal Militar más allá de miembros de la fuerza pública que cometan delitos en servicio activo y en relación con el mismo”³⁰, ampliando el fuero militar a los militares en retiro y a los civiles que desempeñen cargos en la justicia penal militar y policial.

Como fundamento de este cargo, hacen referencia a diferentes instrumentos internacionales de carácter vinculante, que consagran el derecho al juez natural, entendido como el derecho a “ser juzgado por un tribunal competente y establecido por la ley”³¹. Con respecto a este derecho, resaltan que, según pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los derechos al juez natural y al debido proceso se desconocen cuando la justicia penal militar conoce asuntos que son competencia de la justicia ordinaria.

³⁰ Folio 56 del escrito de demanda.

³¹ *Ibidem*.

RA



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Posteriormente, hacen referencia a pronunciamientos del mismo tribunal internacional, donde se afirma que el juzgamiento de civiles y militares en retiro no hace parte de la competencia de la justicia penal militar y que la competencia de esta jurisdicción se limita a militares en servicio activo.

Adicionalmente, resaltan principios de derecho internacional y pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en los cuales se ha reconocido que “el ámbito de competencia de los tribunales castrenses debe estar limitado a los delitos estrictamente militares y cometidos por personal militar”³².

Luego, se refieren a sentencias de la Corte Constitucional sobre los límites a la competencia de la jurisdicción penal militar, dentro de los cuales se encuentra el “carácter de fuero funcional de la jurisdicción penal militar”³³ y los delitos que la ley ha reconocido como integradores de dicha jurisdicción.

En este mismo sentido, resaltan pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en los que resulta clara la “prohibición de investigación de civiles por militares”³⁴, teniendo en cuenta que la jurisdicción penal militar se debe limitar a juzgar actividades orientadas a “cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares”³⁵.

Finalmente, los demandantes afirman que el artículo 213 de la Constitución Política contiene una prohibición taxativa, que no admite excepción alguna al señalar que “en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la Justicia Penal Militar”. Esta disposición, según afirman los demandantes, comprende a los civiles y a los militares retirados, teniendo en cuenta que “el fundamento funcional de la Justicia Penal Militar se refiere a conductas perpetradas en servicio activo por militares en servicio, y en acciones directa y sustancialmente vinculadas con el mismo servicio”³⁶ y que las funciones desempeñadas por los civiles no son de naturaleza militar.

³² Folio 59 del escrito de demanda.

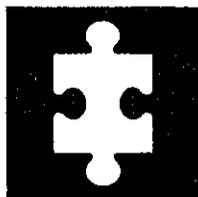
³³ Folio 60 del escrito de demanda.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 7 de mayo de 2009. Citada en el folio 60 del escrito de demanda.

³⁶ Folio 61 del escrito de demanda.

PA



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

3. **Cargo tercero. Los artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015 y 294, 298 y 299 de la Ley 1407 de 2010 violan los derechos de las víctimas dentro del proceso penal militar.**

Indican los accionantes que la garantía de los derechos de las víctimas es un requisito necesario en la implementación del sistema penal acusatorio colombiano. Como desarrollo de su argumentación, hacen una breve explicación sobre las generalidades de dicho sistema y de los derechos de las víctimas. Así mismo, analizan la forma en la que éstos están siendo garantizados en la Justicia Penal Militar.

Afirman los accionantes que la Corte Constitucional, en varias oportunidades ha estudiado la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004. Señalan que esa Corporación judicial ha resaltado que dentro de las principales garantías judiciales del sistema penal acusatorio está la separación efectiva de la función de acusar y de juzgar. Agregan que el “principio de la separación de funciones, es fundamental para el desarrollo de la acusación, función cumplida por el Fiscal que adquiere gran importancia, por ser el actor que mueve el proceso e insiste en procurar la obtención de justicia y defensa de los intereses de las víctimas”³⁷.

Según los demandantes, la separación efectiva de la función de acusar y de juzgar antes mencionada, no se encuentra presente en la Ley 1765 de 2015, mediante la cual se pretende adecuar la Justicia Penal Militar al sistema penal acusatorio, “pues como puede observarse de una simple lectura de dicha norma, la Fiscalía Penal Militar y los jueces de la Justicia Penal Militar, hacen parte de un mismo cuerpo y dependen de una misma autoridad en este caso del Ministerio de Defensa a través de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia y Policial (...)”³⁸.

Resaltan que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 no solamente se puso en marcha el sistema penal acusatorio en Colombia, sino que también, mediante este sistema penal, se les aseguró a las víctimas garantías judiciales claras, asequibles, reales, efectivas y

³⁷ Folio 91 del escrito de demanda.

³⁸ Folio 94 del escrito de demanda.



eficaces, compatibles con la jurisprudencia constitucional nacional y con los principios del derecho internacional.

De igual forma, los demandantes aseveran que las víctimas han adquirido prerrogativas en el sistema penal acusatorio por vía jurisprudencial, que se han visto reflejadas en una protección más amplia a sus derechos a la verdad, justicia y reparación dentro del proceso penal. Por lo tanto, “al incorporar un sistema alternativo a la justicia ordinaria como lo es la Justicia Penal Militar y Policial, en donde se presentan nuevos órganos con facultades propias, que tiene a su cargo el desarrollo de la investigación y juzgamiento, añadiéndole la capacidad de dar por terminado el proceso en el caso de los artículos demandados, se está presentado un retroceso en la protección de los derechos de las víctimas (...)”³⁹.

A partir del anterior recuento sobre el sistema penal acusatorio y la importancia de los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, los demandantes exponen cómo las normas acusadas transgreden los derechos de las víctimas. Concretamente señalan sobre el particular lo siguiente:

3.1. Vulneración de los derechos de la víctimas en la consagración de los mecanismos de terminación anticipada del proceso (artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015).

Los demandantes manifiestan que los artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015 reglamentan formas anticipadas de terminación de los procesos que podrán ser implementadas en la justicia penal militar y policial, particularmente los preacuerdos y negociaciones entre el (los) imputado(s) o acusado(s) y el fiscal.

Bajo este contexto, manifiestan que las normas acusadas “están tomando atribuciones que según el artículo 250 superior le corresponden exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, quien está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito (...) siempre y

³⁹ Folio 95 del escrito de demanda.



cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”⁴⁰.

Asimismo, afirman que al permitirse en los artículos 109 y 110 la posibilidad de celebrar acuerdos y preacuerdos en las investigaciones en la justicia penal militar, no sólo se genera “una contradicción entre lo que el Estado colombiano se ha comprometido a cumplir en virtud de los tratados internacionales, sino que también configuraría una violación a la Constitución Política de 1991, en la medida que en Estado colombiano estaría renunciando tácitamente a su deber de investigar y juzgar las conductas que generan violaciones a los derechos humanos (...)”⁴¹.

3.2. Violación de los derechos de las víctimas en los contenidos de los artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015, al no permitir su participación en los preacuerdos y negociaciones que se adelantan ante la jurisdicción penal militar.

Los demandantes consideran que los pronunciamientos constitucionales frente a la participación de las víctimas en los preacuerdos y negociaciones en los procesos de la jurisdicción penal ordinaria deben ser extensibles a los procesos que se adelantan ante la jurisdicción penal militar. Lo anterior, en atención a las normas de derecho interno e internacional, que propenden por la garantía de los derechos procesales de las víctimas.

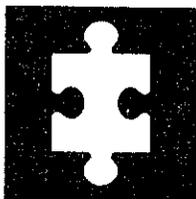
Para los accionantes, no permitir la participación de las víctimas en las negociaciones y preacuerdos constituye una vulneración a los derechos reconocidos a la verdad, justicia y reparación. Para sustentar este argumento, presentan apartes jurisprudenciales y normativos que explican el alcance y contenido de cada uno de estos derechos.

Frente al derecho a la verdad consideran que “[e]l concebir una terminación anticipada del proceso, que no satisfaga el derecho a la verdad de la víctima, constituye una violación a sus derechos a favor de aquellos del procesado y de la institución penal militar”⁴².

⁴⁰ Folio 96 del escrito de demanda.

⁴¹ Folio 99 del escrito de demanda.

⁴² Folio 101 del escrito de demanda.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

En lo relacionado con el derecho a la justicia, señalan lo siguiente:

“[L]a entrada en vigencia de los artículos 109 y 110 de la ley demandada, en lugar de impartir celeridad o eficacia a la administración de justicia, lleva consigo serias complejidades de interpretación y valoración que serán un obstáculo más que deba sortearse en el desarrollo de la dinámica procesal”⁴³.

Mencionan que con la entrada en vigencia de la Ley 1765 de 2015, la participación de las víctimas en preacuerdos y negociaciones quedaría así:

“Lo primero es que en el artículo 109 que regula lo correspondiente a los Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación, la actuación de las víctimas, en caso de que la fiscalía penal militar y policial y el imputado decidan llegar a un acuerdo, se ve excluida totalmente.

En el artículo 110, (...) reduce la participación de las víctimas a la aceptación de una propuesta de reparación que puede o no surgir del preacuerdo realizado entre el fiscal penal militar y policial y el imputado o acusado, dejándolas así por fuera de toda participación efectiva en la negociación que se pueda llegar a lograr”⁴⁴.

Por las razones mencionadas, solicitan a la Corte Constitucional la declaratoria de exequibilidad condicionada de los artículos 109 y 110, en el mismo sentido en el que el Tribunal Constitucional condicionó la exequibilidad de los artículos 350 y 351 de la Ley 906 de 2004. Tal condicionamiento se refirió a permitir la participación activa de las víctimas en los preacuerdos y negociaciones.

3.3. Violación de los derechos de las víctimas en los contenidos de los artículos 294, 298 y 299 Ley 1407 de 2010. Existencia de cosa juzgada constitucional.

Consideran los demandantes que el Legislador omitió tener en cuenta los pronunciamientos en materia de los derechos de las víctimas, dictados con ocasión a la revisión de constitucional de esta materia en la Ley 906 de 2004.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Folio 103 del escrito de demanda.



Por lo anterior, alegan la existencia de cosa juzgada material según lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-373 de 2011, a causa de desconocer la Carta Política en su artículo 243 inciso 2. Específicamente, argumentan la existencia de cosa juzgada respecto de los artículos 132 y 137 inciso 4 de la Ley 906. Estos fueron reproducidos de manera idéntica en la Ley 1407 de 2010, en los artículos 294 y 299, respectivamente.

Para demostrar la existencia de este fenómeno, hacen mención a los requisitos establecidos en la citada sentencia, y argumentan, en los siguientes términos, que éstos sí se encuentran acreditados:

“i) Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable:

Estas normas fueron reproducidas textualmente de artículos de la Ley 906 de 2004, los cuales fueron objeto de declaración de inexecutable (...).

ii) [Q]ue la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico:

(...)

Frente a las normas en cuestión como puede apreciarse a partir de su comparación, la redacción es textualmente la misma. Por lo tanto existe una reproducción total de dicha norma declarada inexecutable, tanto desde el punto de vista gramatical como contextual.

iii) [Q]ue el texto anteriormente juzgado haya sido objeto de análisis de fondo por parte de la Corte:

Como se lee a partir del numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia C-516-07, se predica que la Corte Constitucional realizó las declaraciones de inexecutable respecto a las normas citadas luego de un examen de fondo.

(...)

iv) [Q]ue subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte, sobre el cual se declaró la inexecutable.

PA



(...)

Por lo anterior, y entendiendo que esta concepción amplia de la noción de víctimas continua haciendo parte fundamental del bloque de constitucionalidad colombiano, las disposiciones que otrora sustentaron la inexecutable de las normas continúan vigentes y resultan aplicables frente a la reproducción realizada en la Ley 1407 de 2010⁴⁵.

Por lo anterior, consideran vulnerados los derechos constitucionales de acceso a la justicia y debido proceso, consagrados en los artículos 29 y 229 de la Constitución.

3.4. Existencia de omisión legislativa.

Los demandantes solicitan la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 298 de la Ley 1407 de 2010, por considerar que el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al expedirlo. Argumentan que concurren todos los requisitos que para tal efecto exige la Corte Constitucional, a saber:

- (i) Que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo. Según los demandantes, en este caso corresponde al citado artículo 298 de la Ley 1407 de 2010.
- (ii) Que dicha norma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la carta.

Los accionantes señalan que, en el presente asunto, el artículo 298 de la Ley 1407 de 2010 es una reproducción del artículo 136 de la Ley 906 de 2004, excepto su numeral 11. Según éste último, quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, debe recibir información sobre la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada por la Fiscalía y el juez, cuando haya lugar a ellos. Tal omisión está desconociendo los derechos de las víctimas al debido

⁴⁵ Folios 107 a 110 del escrito de demanda.



proceso y al acceso a la administración de justicia, contenidos en los artículos 29, 93 y 229 de la Constitución.

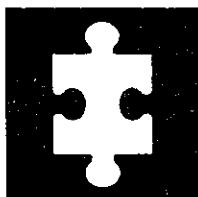
(iii) Que la exclusión de esa norma carezca, en principio, de razón suficiente. Indican que en este caso resulta injustificable que “el legislador pretenda excluir un derecho esencial de las víctimas a participar en la aplicación del principio de oportunidad mediante el cual se da fin anticipadamente al procedimiento penal acusatorio de la jurisdicción penal militar; cuando en aquel previsto a través de la Ley 906 de 2004, su participación fue ya reconocida e incluso objeto de análisis de constitucionalidad a través de sentencia C-516-07 (...)”⁴⁶.

(iv) Que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma. En el asunto bajo análisis, el vacío normativo provoca una desigualdad negativa frente a los derechos de las víctimas en la justicia ordinaria, amparadas por el numeral 11 del artículo 136 de la Ley 906 de 2004. Según los demandantes, tal vacío se da con mayor razón, teniendo en cuenta que los procedimientos adelantados exclusivamente por miembros de la fuerza pública “no representan en absoluto los intereses de las víctimas”⁴⁷.

(v) Que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador. Los demandantes alegan que los artículos 29, 93 y 229 de la Constitución, imponen al Legislador el deber de hacer respetar en todas las etapas del procedimiento penal, el derecho de las víctimas a controvertir la aplicación del principio de oportunidad cuando sus intereses no sean tenidos en cuenta, ni sus derechos garantizados.

⁴⁶ Folio 113 escrito de demanda.

⁴⁷ *Ibídem*.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

4. Cargo cuarto. Atribuir funciones de policía judicial a las fuerzas militares desconoce la Constitución Política y va en contra de los principios de separación de poderes, autonomía e independencia judicial.

Los demandantes señalan que las fuerzas militares no pueden ejercer funciones de policía judicial, porque consideran que así lo ha establecido la Corte Constitucional en varias oportunidades⁴⁸. Así mismo, argumentan que la creación de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y de un Cuerpo Técnico de Investigación de la justicia penal militar, desconoce la institución de la Fiscalía General de la Nación, tal y como fue definida en la Constitución. Es decir, como un cuerpo único adscrito a la Rama judicial e independiente del Ejecutivo⁴⁹.

Los demandantes sostienen que el Legislador desconoció el precedente jurisprudencial al crear un Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y asignarle funciones que, en su concepto, son privativas de quienes están habilitados por la Constitución para ejercer dichas facultades. Hacen mención a que en el pasado se han expedido normas que otorgaron funciones de policía judicial a las fuerzas militares y todas fueron retiradas del ordenamiento jurídico porque no superaron el análisis de constitucionalidad⁵⁰.

Los accionantes hacen mención a la jurisprudencia constitucional sobre esta materia y resaltan que el fundamento de tal prohibición tiene relación con el diseño institucional de las fuerzas militares. Resaltan que, según la jurisprudencia, ejercer las funciones de policía judicial les impondría una dualidad de responsabilidades⁵¹ y jerarquías⁵², y se podría “desvirtuar su estructura y sus objetivos principales, causa[ndo] grave daño a la legitimidad del Estado que la Constitución auspicia y promueve”⁵³.

Los demandantes sostienen que las normas acusadas resultan incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y en particular, con la obligación internacional de respetar y garantizar los

⁴⁸ Cfr. Folio 116 del escrito de demanda.

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁰ Cfr. *Ibidem*.

⁵¹ Responsabilidades militares y a su vez, de policía judicial.

⁵² “El superior en el rango y la Fiscalía General de la Nación”. Cfr. Folio 117 del escrito de demanda.

⁵³ Cfr. Folio 117 del escrito de demanda.



derechos humanos. En virtud de ésta, la estructura y funcionamiento del Estado debe basarse en: (i) la separación efectiva de los poderes, (ii) la supremacía del poder civil sobre las fuerzas militares y la consecuente subordinación de éstas a las autoridades civiles, y (iii) la existencia de un poder judicial independiente e imparcial⁵⁴.

Según los accionantes, atribuir funciones de policía judicial a las fuerzas militares desconoce todos los elementos mencionados anteriormente. Con esta acción, no se garantizaría la subordinación de las fuerzas armadas a las autoridades civiles. Fundamentan esta afirmación señalando, de un lado, que las fuerzas militares pertenecen a la rama ejecutiva del Estado y están sometidas al control y dirección del Presidente de la República. De otro lado, resaltan que la función de policía judicial, en cuanto apoyo a la investigación de los delitos, es una labor eminentemente judicial bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación⁵⁵.

Los accionantes hacen énfasis en que permitir que los militares coordinen la investigación de delitos cometidos por civiles, es un abierto desconocimiento del artículo 213 de la Constitución, el cual consagra que “en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”⁵⁶. De igual forma, desconocería la existencia de un poder judicial, independiente e imparcial y generaría una indebida intromisión en la función jurisdiccional⁵⁷.

Los demandantes destacan que en informes para Colombia, de Relatores Especiales de las Naciones Unidas, recomiendan que las funciones de policía judicial estén a cargo de una entidad civil⁵⁸. Los accionantes hacen énfasis en que las normas atacadas son contrarias al debido proceso que debe regir todas las actuaciones judiciales y administrativas, porque en su concepto, el investigador y el juzgador no serían independientes.

Señalan que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han manifestado su preocupación cuando son las fuerzas militares quienes adelantan labores de policía judicial. Tales labores son especiales, complejas y su contacto con la sociedad debe ser ejercido por otra autoridad que les genere

⁵⁴ Cfr. Folio 118 del escrito de demanda.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁸ Cfr. Folios 119 y 120 del escrito de demanda.



confianza y que no cuente con una doble tarea como la que cumplirían las fuerzas militares (fuerza pública e investigación)⁵⁹.

De acuerdo con los demandantes, las normas acusadas violan los artículos 249 y 250 de la Constitución Política. Las funciones de policía judicial deben ser desempeñadas por servidores públicos especializados y bajo la dirección, coordinación y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación⁶⁰, que por mandato expreso de la Carta forma parte de la rama judicial del poder público⁶¹. Todo este esquema se rompe abruptamente, en la medida en que la Ley crea una nueva Fiscalía General, con atribuciones propias de control y coordinación de funciones de policía judicial, compuesta por miembros de la fuerza pública⁶².

Así mismo, argumentan que la Ley 1765 de 2015 viola los principios de separación de poderes, autonomía e independencia judicial, que son de obligatorio cumplimiento para quien cumple funciones de policía judicial. Los demandantes resaltan que, en caso de que sean miembros de la fuerza pública quienes cumplan este tipo de funciones, dada la estructura de las fuerzas militares, estarían condicionados, coaccionados o incididos al momento de adoptar sus decisiones. En tal caso, en su concepto, se podrían presentar injerencias indebidas, con aptitud de generar anomalías en el proceso penal adelantado por la justicia penal militar, amenazando la garantía del debido proceso⁶³.

Los demandantes consideran que las condiciones en las que se reglamentó el ingreso al Cuerpo Técnico de Investigación de la justicia penal militar (v.gr. de carácter permanente, entre otras características), no permiten la implementación de la pregonada independencia. Resaltan que de acuerdo con varios artículos de la Ley, un miembro de la fuerza pública puede solicitar la terminación de su designación en el Cuerpo Técnico de Investigación y su regreso a la fuerza de donde procedía. En tal caso, estaría nuevamente sujeto a la línea de mando, bajo la dirección de otros miembros de la fuerza pública⁶⁴.

⁵⁹ Cfr. Folio 120 del escrito de demanda.

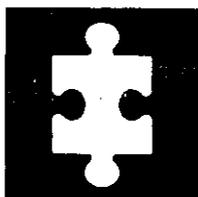
⁶⁰ Esta potestad de la Fiscalía General de la Nación se complementa y se desarrolla en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Ley 270 de 1996 y en el Código de Procedimiento Penal.

⁶¹ Cfr. Folios 121 - 123 del escrito de demanda.

⁶² Cfr. *Ibidem*.

⁶³ Cfr. Folio 128 del escrito de demanda.

⁶⁴ Cfr. Folio 136 del escrito de demanda.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Con la creación de la Fiscalía General de la justicia penal militar se impone un rol de dirección y control en múltiples materias por parte de la Rama Ejecutiva sobre la Judicial. Consideran los demandantes que esto va en contravía de las competencias específicas de cada una de las jurisdicciones. La reglamentación e implementación de la figura del Cuerpo Técnico de Investigación de la justicia penal militar, demuestra, según los accionantes, que se podrían presentar situaciones de presión o direccionamientos provenientes de la línea de mando de la fuerza pública y en consecuencia la violación de la independencia y autonomía judicial⁶⁵.

C. Problemas jurídicos.

Los argumentos expuestos por los demandantes plantean a la Corte Constitucional los siguientes problemas jurídicos:

1. Primer cargo:

¿Los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 amplían indebidamente la competencia de la justicia penal militar y por consiguiente vulneran la Constitución, al asignar a los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento y a los de Conocimiento Especializado el juzgamiento de las conductas delictivas allí previstas, pese a que: (i) las normas acusadas especifican que la justicia penal militar seguirá conociendo de los delitos previstos en los artículos 20 y 171 del Código Penal Militar; y que (ii) en todo caso, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que esta jurisdicción sólo tiene competencia para investigar y sancionar actos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio y que dicha relación debe ser directa y próxima y no hipotética y abstracta?

2. Segundo cargo:

¿Desconoce el Legislador el principio de independencia judicial, los derechos a la igualdad y al juez natural y el artículo 213 de la Constitución Política, al establecer que el ámbito de aplicación de la Ley 1765 de 2015, en la cual se determinan temas propios del funcionamiento de la justicia

⁶⁵ Cfr. Folios 136 y 137 del escrito de demanda.



penal militar y policial, se extiende “en lo pertinente” a militares en retiro y al personal civil o no uniformado que desempeñe cargos en esta jurisdicción especializada?

3. Tercer cargo:

¿Desconocen los artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015 el artículo 250 de la Constitución, al disponer que dentro de los procesos adelantados en la justicia penal militar es posible llevar a cabo preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía Penal Militar y el imputado o acusado, entendidos éstos como una forma de terminación anticipada del proceso penal?

¿Transgrede el Legislador los derechos constitucionales de las víctimas en los procesos adelantados ante la justicia penal militar, al no permitir su intervención en los preacuerdos y negociaciones, tal como ha sido establecido por la Corte Constitucional en los procesos ante la justicia penal ordinaria?

¿Se violan los derechos constitucionales de las víctimas al no haber dispuesto en el artículo 298 de la Ley 1407 de 2010 que la Fiscalía General Penal Militar debe escuchar y suministrar información relacionada con la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, a quien demuestre al menos sumariamente la calidad de víctima?

¿Vulnera el Legislador el principio de cosa juzgada constitucional, consagrado en el artículo 243 Superior, al reproducir en la normatividad de la jurisdicción penal militar, postulados normativos declarados inexequibles, por ser considerados contrarios a la Constitución en su aplicación en la jurisdicción penal ordinaria?

4. Cuarto cargo:

¿Existe una prohibición constitucional para que los miembros de las fuerzas militares ejerzan funciones de policía judicial en el marco de los procesos de competencia de la justicia penal militar?



¿Con la creación de una Fiscalía General Penal Militar y Policial y de un Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, se desconocen las funciones atribuidas constitucionalmente a la Fiscalía General de la Nación?

II. ANÁLISIS DE LOS CARGOS FORMULADOS POR LOS DEMANDANTES.

A. Cargo primero. Ampliación indebida de la competencia de la justicia penal militar.

1. Análisis de los requisitos generales de procedibilidad.

En el presente caso, el texto de la demanda contiene un error formal que puede dar lugar –prima facie– a confundir la pretensión de los accionantes. En efecto, en el índice de la demanda, frente a este cargo, los accionantes afirman que los artículos demandados son el 7° y el 8° de la Ley 1765. Así lo establecen además, en el subtítulo del acápite en el que exponen sus argumentos en contra de las normas que consagran la ampliación de la competencia de la jurisdicción penal militar para investigar y sancionar ciertos delitos. No obstante, sus argumentos se enfocan no en el contenido de los artículos 7° y 8°, sino en este último y en el 9°.

Como se afirmó, esto puede dar lugar a una confusión entre la pretensión de inexecutable y las razones que la sustentan. Sin embargo, una lectura simple del texto de la demanda permite la claridad suficiente para resolver este punto, de modo que es posible interpretar sin lugar a dudas que las normas acusadas en este cargo son los artículos 8 y 9, y no el 7. Dicho lo anterior, la Fiscalía considera que el cargo por vicio de fondo planteado por los demandantes y que fue denominado “[a]mpliación indebida de la competencia de la justicia penal militar” cumple con los requisitos de procedibilidad exigidos por la jurisprudencia constitucional, concretamente por los argumentos que se exponen a continuación.

En relación con el requisito de claridad, esta Entidad considera que los motivos de inconstitucionalidad expuestos por los demandantes tienen



coherencia y son inteligibles, de forma tal que, aunque no sean compartidas, es posible entender las razones de inconstitucionalidad esbozadas⁶⁶. En ese sentido, se trata de argumentos que no resultan ambiguos ni confusos, sino que por el contrario, permiten comprender que las razones de inconstitucionalidad alegadas por los demandantes están soportadas en el supuesto desconocimiento del carácter restrictivo de la competencia de la justicia penal militar en el que, en su criterio, incurren las disposiciones acusadas. También es posible inferir razonablemente que los actores alegan el presunto desconocimiento del principio de funcionalidad de la justicia penal militar, que según lo afirman, ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional⁶⁷.

En el mismo sentido, en criterio de la Fiscalía, los argumentos y razones de inconstitucionalidad planteadas por los demandantes cumplen con el requisito de especificidad. Estos permiten comprender por qué, en su criterio, los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2014 desconocen el carácter restrictivo de la justicia penal militar. La especificidad de este cargo se evidencia en el análisis que adelantaron los demandantes sobre las normas acusadas a partir de las cuatro categorías de delitos que en su criterio están contenidas en esas disposiciones y cuya inclusión, según su opinión, desconoce los principios constitucionales sobre la justicia penal militar. A partir de lo anterior, es posible concluir que cuando los demandantes plantearon un argumento de inconstitucionalidad, se estaban refiriendo a las disposiciones contenidas en los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2014.

Sobre el particular, la Fiscalía considera que el cargo planteado en contra de los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 acata el requisito de pertinencia. En efecto, los argumentos expuestos por los actores en la demanda para solicitar la inexequibilidad de las normas acusadas son de raigambre constitucional y por lo tanto resultan pertinentes⁶⁸. Lo anterior, si se tiene en cuenta que los actores consideraron principalmente, que las normas demandadas desconocen “principios de derecho internacional, jurisprudencia interamericana, la Constitución Política y el precedente sentado por la Corte Constitucional, que de manera unívoca establecen el

⁶⁶ Corte Constitucional, Auto 122 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁶⁷ Folio 55 del escrito de la demanda.

⁶⁸ Corte Constitucional, Auto 122 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

RA



carácter restringido de la justicia penal militar frente al carácter amplio de la jurisdicción ordinaria (...)”⁶⁹.

Por último, las razones de inconstitucionalidad alegadas por los accionantes para solicitar la expulsión de las normas acusadas del ordenamiento jurídico cumplen con el requisito de suficiencia. Aunque de conformidad con el criterio de la Fiscalía, estas disposiciones deben ser declaradas exequibles de manera condicionada, el cargo planteado por los demandantes hace evidente que se trata de normas que no necesariamente conducen a una interpretación unívoca de su aplicación, sino que por el contrario requieren de una delimitación por parte de la Corte Constitucional y en consecuencia, requieren de un pronunciamiento que fije su alcance⁷⁰. Por esta razón, esta Entidad considera que los argumentos planteados por los demandantes son suficientes para concluir que es necesario que exista un pronunciamiento de fondo por parte del Tribunal Constitucional.

Así las cosas, en criterio de la Fiscalía, es posible adelantar un análisis de fondo porque el cargo de inconstitucionalidad es claro, específico, pertinente y suficiente. En ese sentido, los motivos por los cuales deben desestimarse los argumentos de inconstitucionalidad planteados por los demandantes no emanan de la improcedencia formal del cargo, sino que surgen de un análisis de fondo de las disposiciones acusadas.

2. Análisis de fondo.

Para dar respuesta al problema jurídico formulado a partir del cargo bajo análisis, esta parte de la intervención está dividida en dos subsecciones. En la primera, se adelantará un análisis de las conductas delictivas incluidas en los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015. Esto, con el objetivo de sustentar por qué, en criterio de la Fiscalía General de la Nación, son conductas que pueden ser objeto de conocimiento por parte

⁶⁹ Folio 55 del escrito de la demanda.

⁷⁰ “Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren *prime facie* convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan *una duda mínima* sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”. Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



de la justicia penal militar, en la medida en que se trate de delitos relacionados con el servicio y cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, de conformidad con las normas del Código Penal Militar.

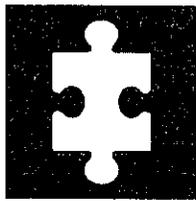
En la segunda parte, se hará una exposición breve de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre fuero penal militar, exponiendo las reglas y los criterios establecidos como los límites a la competencia de dicha jurisdicción. Lo anterior, con la finalidad de concluir por qué, según la posición de la Fiscalía, debe declararse la exequibilidad condicionada de las normas acusadas, en el entendido de que su alcance e interpretación acate plenamente los criterios jurisprudenciales sobre el ámbito restrictivo de aplicación de la justicia penal militar.

Por último, se hará una breve referencia a la interpretación razonable que, en criterio de esta Entidad, debe adoptarse frente al numeral 9 del artículo 8 y al numeral 8 del artículo 9 de la Ley 1765 de 2015, que determinan la asignación de competencias de los delitos que no tengan una asignación especial.

2.1. Las conductas previstas en los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 podrán ser conocidas por los Juzgados Penales Militares y Policiales siempre que se trate de delitos relacionados con el servicio y cometidos por miembros activos de la fuerza pública⁷¹, conforme a la Constitución y la Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar).

La Fiscalía General de la Nación considera que los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 son constitucionales, siempre y cuando el alcance de esas disposiciones sea fijado de conformidad con la Constitución y las normas de la Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar). Lo anterior, si se tiene en cuenta que en esta última están consagradas disposiciones normativas que establecen bajo qué supuestos y con qué criterios de restricción, la justicia penal militar puede investigar y juzgar delitos cometidos por miembros de la fuerza pública.

⁷¹ Artículos 2 y 3 de la Ley 1407 de 2010.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Esta posición está plenamente respaldada por el mandato consagrado en el inciso 1º del artículo 221 de la Constitución Política y modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2015, conforme al cual:

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

(...)” (negrillas por fuera del texto).

Dicho lo anterior, a continuación se realizará un análisis de los delitos que fueron incluidos en los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 y cuya competencia fue asignada a los Juzgados Penales y Militares de Conocimiento y de Conocimiento Especializado. Lo anterior, para posteriormente sustentar por qué la constitucionalidad de esas normas está subordinada a que se adelante una interpretación acorde con las normas del Código Penal Militar.

El Título II de la Ley 1765 de 2015 desarrolla la “Estructura de la Justicia Penal Militar”. Su Capítulo II se refiere a los “Órganos Jurisdiccionales”. Dentro de estos últimos, la Ley incluyó a la Corte Suprema de Justicia⁷², al Tribunal Superior Militar y Policial⁷³ y ordenó la creación de los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado y de Conocimiento⁷⁴. Estos últimos, por disposición de la Ley, asumirán el juzgamiento de los delitos establecidos en esa misma Ley.

Es en este marco, que los artículos 8 y 9 adquieren protagonismo. Se trata de disposiciones normativas que prescriben dos asuntos. En primer lugar, establecen que tanto los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento como los de Conocimiento Especializado seguirán

⁷² Artículo 4, Ley 1765 de 2015.

⁷³ Artículo 5, Ley 1765 de 2015.

⁷⁴ Artículo 7, Ley 1765 de 2015.



conociendo de las conductas delictivas que ya estaban previstas en los artículos 20 y 171 de la Ley 1407 de 2010 (“Por la cual se expide el Código Penal Militar”). En segundo lugar, determinan cuáles de esas conductas corresponden a los Juzgados de Conocimiento y cuáles a los de Conocimiento Especializado.

Conforme a lo planteado, es razonable concluir que el propósito de las normas acusadas, más allá de determinar cuáles delitos deben ser objeto de conocimiento por parte de la justicia penal militar, consiste en distribuir la competencia frente al juzgamiento de las mismas, entre los dos tipos de Juzgados de Conocimiento creados por la Ley. Lo anterior, cobra relevancia si se tiene en cuenta que ya con anterioridad, el Código Penal Militar había establecido cuáles son los delitos que pueden ser sustraídos del conocimiento de la jurisdicción ordinaria para someterlos a la justicia penal militar.

Ahora bien, establecidas esas premisas, resulta relevante formular el siguiente cuestionamiento: ¿Qué delitos son los que entonces pueden ser sometidos al conocimiento de la justicia penal militar? Conforme al texto de las disposiciones acusadas, para emitir una respuesta a ese planteamiento, las mismas disposiciones ordenan adelantar una remisión normativa a los artículos 20 y 171 del Código Penal Militar. Lo anterior, bajo el entendido de que esa remisión ordenada por los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 implica la necesidad de efectuar una interpretación sistemática que permita fijar los alcances de su contenido.

Es síntesis, las disposiciones acusadas se encargan de distribuir y asignar la competencia de ciertos delitos, siempre y cuando ello suceda bajo el cumplimiento de los parámetros establecidos por los artículos 20 y 171 de la Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar), que a su vez concuerdan con los lineamientos establecidos en la Constitución.

Dicho lo anterior, es indispensable remitirse al contenido de estas dos últimas disposiciones. El artículo 20 de ese Código consagra que “[l]os delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública son los descritos en este Código, los previstos en el Código Penal común y en las normas que los adicionen o complementen”. El artículo 171 del mismo cuerpo normativo establece que “[c]uando un miembro de la Fuerza Pública, en



servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el Código Penal Ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar”.

Del contenido de esas normas surgen las siguientes conclusiones: i) los miembros de la fuerza pública pueden cometer los delitos previstos tanto en el Código Penal Militar como en el Código Penal de la jurisdicción ordinaria; ii) pero además, a partir de esas disposiciones es posible deducir que la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública puede quedar a cargo de la jurisdicción ordinaria o de la justicia penal militar. Lo determinante para acoger uno u otro sentido, dependerá de si el delito fue o no cometido “en relación con el mismo servicio”⁷⁵.

Con el fin de ilustrar la validez de la primera de esas dos conclusiones, a continuación se enunciarán los delitos incluidos en los artículos 8⁷⁶ y 9⁷⁷ de la Ley 1765 de 2015. Se mostrará, que en efecto, se está haciendo referencia a conductas que están tipificadas en el Código Penal de la jurisdicción ordinaria Común o en el Código Penal Militar. Lo anterior, con excepción de los denominados “delitos contra la administración pública” que se encuentran incluidos en ambos cuerpos normativos.

ARTÍCULOS 8 Y 9 DE LA LEY 1765 DE 2015	DELITOS	CÓDIGO PENAL / CÓDIGO PENAL MILITAR
Num. 1 del artículo 8	Homicidio	Capítulo II del Título 1 del Código Penal
Num. 2 del artículo 8	Delitos contra la protección de la información y de los datos	Título VII BIS del Código Penal, adicionado mediante Ley 1273 de 2009

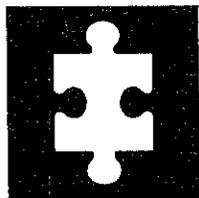
⁷⁵ Artículo 171 de la Ley 1407 de 2010.

⁷⁶ Consagra las conductas cuyo conocimiento será asumido por Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado.

⁷⁷ Consagra las conductas cuyo conocimiento será asumido por Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento.



Num. 3 del artículo 8	Delitos contra la fe pública	Título IX del Código Penal
Num. 4 del artículo 8	Delitos contra la administración pública, con excepción de los delitos de peculado sobre bienes de dotación, peculado culposo, abuso de autoridad, abuso de autoridad especial y omisión de apoyo	Título XV del Código Penal Título VII del Código Penal Militar
Num. 5 del artículo 8	Delitos contra la seguridad pública	Título XII del Código Penal
Num. 6 del artículo 8	Delitos contra la seguridad de la fuerza pública	Título V del Código Penal Militar
Num. 7 del artículo 8	Delitos contra la población civil	Título VI del Código Penal Militar
Num. 8 del artículo 8	Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado	Título XVII del Código Penal
Num. 1 del artículo 9	Delitos contra la disciplina	Título I del Código Penal Militar
Num. 2 del artículo 9	Delitos contra el servicio	Título II del Código Penal Militar
Num. 3 del artículo 9	Delitos contra los intereses de la fuerza pública	Título III del Código Penal Militar
Num. 4 del artículo 9	Delitos contra el honor	Título IV del Código Penal Militar
Num. 5 del artículo 9	Lesiones personales	Capítulo III del Título I del Código Penal
Num. 6 del artículo 9	Delitos contra el patrimonio económico	Título VII del Código Penal
Num. 7 del artículo 9	De los siguientes delitos	Título XV del Código



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

	contra la administración pública: delitos de peculado sobre bienes de dotación, peculado culposo, abuso de autoridad, abuso de autoridad especial y omisión de apoyo	Penal Título VII del Código Penal Militar
--	--	--

En segundo lugar, y teniendo en cuenta que las conductas previstas en las normas acusadas son delitos que pueden estar consagrados en uno u otro cuerpo normativo, lo determinante, se reitera, es que su juzgamiento será asumido por la justicia penal militar únicamente cuando se trate de delitos cometidos por miembros activos y relacionados con el servicio. Para ello, también es indispensable realizar una remisión normativa, particularmente a los artículos 2 y 3 del Código Penal Militar.

El artículo 2 señala qué debe entenderse por “delitos relacionados con el servicio”. Establece que éstos serán:

“(…) [A]quellos 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 el artículo 3 prescribe cuáles son los delitos no relacionados con el servicio. La disposición reza:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse 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”.

A partir de las premisas planteadas, es posible concluir que cuando los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 distribuyen la competencia para el juzgamiento de tales conductas entre los Juzgados Penales Militares y Policiales, esa asignación se realizará bajo el supuesto de que su investigación y juzgamiento debe cumplir con los requisitos para ser de competencia de la justicia penal militar (delitos cometidos por miembros activos y relacionados con el servicio). Es decir, esa asignación podrá adelantarse excluyendo aquellos delitos que, conforme a las mismas disposiciones normativas, no tienen relación con el servicio, tal como indudablemente sucede con las violaciones a los derechos humanos.

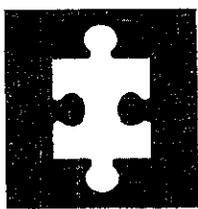
En conclusión, la asignación de competencia ordenada por las normas acusadas podrá aplicarse únicamente si se cumplen los lineamientos establecidos en el artículo 221 de la Constitución y en el Código Penal Militar, tales como:

1. Se trate de delitos cometidos por miembros de la fuerza pública que se encontraban activos en el momento de su comisión⁷⁸.
2. Se trate de delitos relacionados con el servicio⁷⁹.
3. No se trate de “delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, 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”.

A partir de estos argumentos, y atendiendo a las cuatro categorías de delitos planteadas en la demanda, frente a las cuales se solicitó su

⁷⁸ Artículo 2 de la Ley 1407 de 2010.

⁷⁹ *Ibidem*.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

inexequibilidad, esta Entidad considera que los actores no tuvieron en cuenta la remisión normativa al Código Penal Militar, incluida en los artículos acusados. Esa situación dio lugar a que asumieran que se trata de una asignación de competencias que amplía indebidamente el ámbito de aplicación de la justicia penal militar y que en consecuencia, desconoce su carácter restrictivo.

La interpretación asumida por los demandantes evidencia la necesidad de fijar los alcances de las disposiciones acusadas. Hacerlo permitirá comprender que se trata de normas que podrán ser aplicadas, bajo el entendido de que su interpretación debe realizarse en plena consonancia con las restricciones descritas, incluidas en el artículo 221 de la Constitución y en el Código Penal Militar.

Dicho lo anterior, a continuación se hará alusión a los lineamientos establecidos por la jurisprudencia constitucional en relación con la aplicación del fuero penal militar. Esto obedece a que, según criterio de esta Entidad, la exequibilidad condicionada de las normas acusadas exige que su interpretación se adelante a partir de la remisión propuesta en este primer aparte, pero también acatando plenamente los criterios de aplicación de ese fuero, fijados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2.2. El ejercicio de la competencia de la jurisdicción penal militar sólo es constitucional si dicha atribución se encuentra dentro de las fronteras establecidas por la jurisprudencia de la Corte, esto es, tanto las subreglas principales de interpretación, como las subreglas secundarias de aplicación.

Para la Fiscalía, la respuesta al problema jurídico formulado en este acápite de la intervención, depende en su sentido, de si la atribución de la competencia de la jurisdicción penal militar hecha por los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015, cumple con los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así pues, en esta subsección se hará una exposición breve de dichas subreglas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este tema es profusa y en ella se han fijado las subreglas que legitiman la aplicación práctica de



la competencia de la jurisdicción penal militar. Pese a que no correspondía a la Corte resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción ordinaria, sus criterios han sido determinantes para resolver dichos conflictos por parte del Consejo Superior de la Judicatura.

La primera providencia de la Corte Constitucional relacionada con el fuero penal militar es la C-399 de 1995⁸⁰. En dicha sentencia, la Corte debía resolver si era admisible la limitación de las facultades de actuación del Ministerio Público, al interior de la jurisdicción penal militar. Para la Corte, en este caso, la Constitución Política prevé el fuero penal militar como una excepción a la regla general de competencia que tiene la jurisdicción ordinaria. Si bien es cierto que la Constitución de 1991 excluyó de manera expresa las facultades de la Fiscalía General de la Nación con respecto a las investigaciones específicas que le fueron asignadas a la justicia penal militar, dicho planteamiento, no puede extenderse a las competencias propias de la Procuraduría. Esta, por mandato constitucional, tiene el deber de intervenir, sin excepción alguna, en todos los procesos judiciales. Además, los miembros de la fuerza pública ostentan la categoría de servidores públicos. Por tal razón, están sujetos a la vigilancia y control disciplinario por parte de la Procuraduría General de la Nación. Así mismo, el Ministerio Público podrá participar en los procesos penales que se adelanten contra estos servidores públicos, tanto en la justicia ordinaria como en la justicia penal miliar.

En un sentido similar se pronunció la Corte en la Sentencia C-047 de 1996⁸¹. En ésta ratificó la subregla anterior. Señaló que es constitucionalmente admisible que el Ministerio Público intervenga en el proceso penal militar. Limitar su intervención atentaría contra una de las garantías fundamentales de seguridad del orden jurídico. La Constitución Política no excluye, en ninguna de sus disposiciones, las competencias del Ministerio Público y sus agentes, en relación con la defensa de la justicia y de la sociedad en cualquier proceso judicial.

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-399 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia C-047 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



Posteriormente, en la Sentencia C-358 de 1997⁸², la Corte fijó el marco general de subreglas aplicables al fuero penal militar. En este caso, el Tribunal Constitucional conoció la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 259 del Decreto 2550 de 1988⁸³. A juicio del actor, la norma demandada vulneraba el principio de igualdad, puesto que contemplaba una pena menor para el homicidio cometido por miembros de la fuerza pública en servicio activo con respecto a la que se asignaba para el mismo punible en el Código Penal de la jurisdicción ordinaria. En esta oportunidad, la Corte acogió la petición del Viceprocurador General de la Nación y de la Comisión Colombiana de Juristas, con respecto a estudiar la expresión "*con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo*" contemplada en los artículos 259, 261, 262, 263, 264 y 292 del Código Penal Militar. Estos constituyen una unidad normativa a través de la cual, presuntamente, se excedieron los límites que impuso el constituyente para la aplicación excepcional del fuero penal militar.

Con este panorama, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Penal Militar. Señaló que la competencia del fuero penal militar es de carácter excepcional y restringido. Esta se materializa única y exclusivamente cuando la conducta punible guarda relación directa con el cumplimiento de una labor (misión o tarea militar o policiva legítima) mediante la que se persigue un fin constitucional y legal.

En este sentido, se deberá verificar en todo caso, no solamente la calidad del sujeto activo de la conducta (elemento personal), sino también las circunstancias fácticas que permitieron la configuración de la conducta, para constatar que la misma tuvo lugar en cumplimiento de una operación o acción propia del servicio (elemento funcional). Para tales efectos, la Corte precisó que un acto de servicio nunca podrá tener fines delictivo. Por tal razón, la competencia del fuero especial militar se sustrae, por ejemplo, de conocer de los "delitos de lesa humanidad", que son claramente contrarios a la función constitucional que tienen los miembros de la fuerza pública en el Estado de derecho.

⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸³ Dicha norma señalaba lo siguiente: "ARTÍCULO 259.- Homicidio. El que con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, matare a otra persona, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años".



En este sentido, dijo la Corte en esta sentencia que, es constitucionalmente inadmisibles pensar que toda conducta delictiva en la que incurra un miembro activo de la fuerza pública se encuentra amparada por el fuero penal militar. La jurisdicción penal militar debe entenderse como una excepción a la regla del juez natural ordinario, para cuya aplicación se deben tener en cuenta los siguientes criterios:

(i) El vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Es decir, la configuración del delito se debe encontrar íntimamente relacionada con una función propia y legítima del cuerpo armado.

(ii) La justicia penal militar no conocerá de conductas punibles que son abiertamente contrarias y extrañas a la función legal y constitucional que tiene la fuerza pública. Tal es el caso de los delitos de lesa humanidad. Esos, desde ninguna perspectiva pueden justificarse por el cumplimiento de una labor o deber asignado a la fuerza pública por la Constitución y la Ley.

(iii) Dado que el fuero penal militar es de aplicación especial y restringida, las situaciones en las que exista duda acerca de la jurisdicción competente para conocer sobre un asunto determinado se resolverá a favor de la justicia ordinaria, *"en razón de que no se puede demostrar plenamente que se configuraba la excepción"*⁸⁴.

(iv) La competencia del fuero penal militar se encuentra supeditada a la concurrencia de dos elementos. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella. El segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación directa con el servicio.

(v) Siempre que exista duda sobre la jurisdicción competente para investigar y sancionar un delito cometido por un miembro de la fuerza pública, deberá ser remitido a la jurisdicción ordinaria.

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Finalmente, en dicha sentencia, la Corte Constitucional estableció que era inconstitucional que el Código Penal Militar adoptara sanciones diferentes para supuestos típicos idénticos, que se encuentran consagrados en la legislación penal ordinaria (en el caso que estudió, el homicidio). Ello, toda vez que se desconoce el principio de igualdad en materia punitiva. Los bienes jurídicos protegidos son los mismos y no existe ninguna justificación jurídica para un tratamiento diferenciado en relación con las penas impuestas por la comisión de delitos comunes por parte de los miembros activos de la fuerza pública⁸⁵.

Posteriormente, en la Sentencia C-561 de 1997⁸⁶, a propósito de una demanda en contra de un aparte del artículo 14 del Decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar), la Corte determinó que era constitucionalmente admisible que el Legislador atribuyera a la justicia penal militar el conocimiento de delitos comunes siempre y cuando, éstos tengan alguna relación funcional con el servicio prestado o la labor desarrollada por miembros activos de la fuerza pública.

En este sentido, dentro de su libertad de configuración, el Legislador puede realizar dos ejercicios: (i) incorporar al régimen penal militar delitos ordinarios, imponiendo las mismas penas establecidas en el régimen general y (ii) remitir, para casos no contemplados en el Código Penal Militar, al Código Penal de la jurisdicción ordinaria para llenar los vacíos correspondientes.

En la Sentencia T-806 de 2000⁸⁷, a propósito de una acción de tutela en contra del Consejo Superior de la Judicatura por la resolución de un conflicto de competencias, la Corte ratificó su jurisprudencia. Afirmó que, aún cuando el hecho que se investigue se presente en el marco de funciones legítimas de la fuerza pública, el acto concreto que da lugar a la investigación debe estar ligado de manera directa y estrecha con las

⁸⁵ Como se afirmó antes, la Sentencia C-358 de 1997 resultó determinante, como marco general de interpretación, para la resolución de los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la penal militar. Así por ejemplo puede tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Disciplinaria: Rad. 2000043 A 107-8 (M.P. Amelia Mantilla Villegas); Rad. 20001979-02-101 (M.P. Rubén Darío Henao Orozco); Rad. 20010927 (395/XI) (M.P. Jorge Alonso Flechas Díaz); Rad. 20020104 02 189 (M.P. Rubén Darío Henao Orozco); Rad. 20040050 01 116 (M.P. Rubén Darío Henao Orozco); Rad. 200600943 00 (125-28) (M.P. Eduardo Campo Soto); Rad. 20080272700 1105C (M.P. José Ovidio Claros Polanco).

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-561 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-806 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



funciones constitucionales asignadas a la fuerza pública. De este modo, cuando esto no ocurra o existan dudas sobre esta relación, el caso deberá ser remitido a la jurisdicción ordinaria⁸⁸.

En la Sentencia C-878 de 2000⁸⁹, la Corte conoció la acción de institucionalidad interpuesta en contra de los artículos 1, 2, 3 y 195 de la Ley 522 de 1999 “por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”. En las normas demandadas, se hace referencia a las actividades que tienen “*relación con el servicio*”, elemento esencial para delimitar el fuero militar. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de las normas demandadas, en el sentido de que todas aquellas 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, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial.

La Corte estableció que no resulta constitucionalmente admisible una interpretación extensiva de la expresión “relación con el servicio”, consagrada legalmente como elemento funcional de configuración del fuero penal militar, que pudiese cubrir cualquier tipo de delito que guarde alguna clase de conexión con las labores desarrolladas por la fuerza pública. Constituye precedente constitucional que el fuero sólo se configura cuando las conductas delictivas “relacionadas con el servicio” no versan sobre conductas que son abiertamente contrarias a la función constitucional de la fuerza pública y que por su sola comisión se rompe el nexo funcional del agente con el servicio.

La Corte señaló en la citada sentencia que la jurisdicción penal militar no podrá conocer los delitos que vulneren gravemente los derechos humanos, tales como ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada,

⁸⁸ En este caso, la Corte conoció sobre la acción de tutela interpuesta por una ciudadana contra el Consejo Superior de la Judicatura. Esa entidad se había ocupado de dirimir el conflicto positivo de competencias entre la justicia penal militar y la jurisdicción ordinaria, con ocasión del proceso que se adelantó por la conducta punible de homicidio del que fue víctima su hermana, y donde resultaron vinculados cuatro (4) miembros de la fuerza pública. La accionante señaló que su hermana fue detenida violentamente por miembros de la fuerza pública por conductas relacionadas con actividades subversivas. Sin embargo, los uniformados, durante el trayecto a las instalaciones de la Brigada, decidieron “*deshacerse*” de ella y abandonarla en “*Quebradablanca*”, cuando pasaban por un túnel. Dando como resultado la muerte de la persona capturada.

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-878 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



tortura y, en general, todos aquellos que se enmarquen en la categoría de “delitos de lesa humanidad”.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-1184 de 2001⁹⁰, conoció de la acción de tutela instaurada contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por la presunta violación del derecho fundamental al debido proceso, puesto que este último otorgó competencia a la justicia penal militar para desarrollar las investigaciones contra dos (2) oficiales del ejército, que se venían adelantando en la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación.

Los hechos que dieron lugar a esa acción de tutela se relacionaban con el ataque perpetrado en Mapiripán, por grupos armados al margen de la ley. Estos sometieron violentamente a la población e impidieron el ejercicio de los derechos de locomoción y comunicación. Igualmente, retuvieron, torturaron y asesinaron a varios civiles. En el trámite de la investigación se comprobó que, a pesar de que las fuerzas militares fueron informadas de lo que estaba ocurriendo en el municipio, no prestaron ayuda a la población. De esta manera, facilitaron conductas que tuvieron como consecuencia graves violaciones a los derechos humanos con dolo y/o imprudencia. Con base en esa situación, se acusó por el delito de omisión a dos miembros de la fuerza pública, quienes tenían la competencia material, funcional y territorial sobre la zona (posición de garante).

Para la Corte, en este caso y en virtud de lo dispuesto en el artículo 221 de la Constitución, el fuero penal militar sólo aplica para los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, que tengan relación directa con el mismo servicio. Bajo este escenario y teniendo en cuenta la situación fáctica objeto de estudio, la Sala señaló que las conductas de omisión atribuibles a la fuerza pública son un acto que no tiene vinculación con el servicio, ello considerando la posición de garante⁹¹ que se predica de los miembros de las fuerzas armadas, que tiene origen en las competencias institucionales.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁹¹ La posición de garante se refiere al rol que tenga una determinada persona por el hecho de vivir en sociedad, sin que esté expresamente previsto en una norma o ley, fundamentado en la obligación de evitar resultados contrarios a derecho, de acuerdo con la “teoría de las funciones”. Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



Así mismo, se estableció que cuando el garante (militar) tenga dentro de su ámbito de competencia el deber específico de evitar resultados que pongan en peligro las garantías de los derechos humanos, su conducta omisiva no podrá estar amparada por el fuero penal militar. Una vez verificada la posición de garante, el título de imputación corresponde a la grave violación de los derechos humanos, donde no se tomará en consideración la forma de intervención en el hecho punible (autoría o participación), el grado de realización de la conducta (tentativa o consumación) o la imputación objetiva (dolo o imprudencia). Esto, en consideración a que, según la Corte, una conducta omisiva por parte de un agente de la fuerza pública, que tenga como consecuencia la configuración de un delito de lesa humanidad no está vinculada, desde ninguna perspectiva, con la función constitucional que le fue asignada a la fuerza pública.

En conclusión, para la Corte, los agentes de la fuerza pública son garantes respecto de los riesgos que tienen que controlar y los bienes jurídicos que debe proteger. Por lo tanto, las omisiones que le sean atribuibles a los mismos y que se relacionan con graves violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, son comportamientos que no guardan identidad con el servicio y, por tanto, no podrán ser de competencia de la justicia penal militar, sino de la jurisdicción ordinaria.

Posteriormente, en la Sentencia C-1214 de 2001⁹², la Corte conoció de la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 256 y 258 de la Ley 522 de 1999 “por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”. Las normas demandadas, se referían en general, a la aplicación del fuero penal militar a los alumnos de la Escuela de Formación de la Policía Nacional. A juicio del actor, las disposiciones acusadas vulneraban el carácter excepcional y restringido que determina la aplicación del fuero penal militar dentro de la Carta Política. La Corte, en efecto, declaró la inexecutable de las normas acusadas. Consideró que los alumnos de las escuelas de formación de la Policía Nacional, en cualquiera de sus niveles, no son miembros activos de esta institución.

⁹² Corte Constitucional, Sentencia C-1214 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.



Por tal razón, no pueden estar sometidos a la jurisdicción penal militar ni a las disposiciones del código castrense.

En la Sentencia T-932 de 2002⁹³, la Corte revisó una acción de tutela interpuesta contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, entidad que otorgó competencia a la justicia penal militar para conocer del proceso penal en contra de miembros de la fuerza pública por las conductas punibles de homicidio culposo y lesiones personales culposas.

A juicio de la accionante, el Consejo incurrió en un vía de hecho y vulneró su derecho fundamental al debido proceso y a la igualdad por desconocer el precedente en la materia. La accionante sostuvo que agentes de la fuerza pública (aérea) lanzaron un artefacto explosivo en la vereda donde ella residía, causando así, la muerte de 17 habitantes, incluidos 6 niños, e hiriendo de gravedad a más de 25 personas, entre ellas, a la actora. Así mismo, señaló que los crímenes cometidos no guardaban relación con los actos propios del servicio, puesto que para el momento en el que ocurrieron los hechos no se presentaron enfrentamientos en el caserío. En este sentido, no podría alegarse un “estado de necesidad” por parte de los uniformados, quienes afirmaron que los responsables de las conductas investigadas eran miembros de la guerrilla.

La Corte consideró que, en efecto, se había vulnerado el derecho al debido proceso por parte del Consejo Superior de la Judicatura al otorgar la competencia a la justicia penal militar en este caso. Se estaban investigando hechos delictivos que no estaban plenamente demostrados, en los cuales se encontraban implicados miembros activos de la fuerza pública y que, presuntamente, tenían la categoría de “crímenes de lesa humanidad”. Cuando no exista certeza sobre la procedencia del fuero penal militar, se deberá atribuir la competencia a la justicia ordinaria, más aún, cuando por la naturaleza de los delitos cometidos por agentes de la fuerza pública se vulneren masivamente los derechos y garantías constitucionales de la población civil. La justicia penal militar no será competente para conocer casos en los que se vean vulnerados los

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia T-932 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.



derechos humanos (ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad y desaparición forzada) por agentes del Estado, dado la total contradicción entre el delito y las funciones que constitucionalmente le han sido atribuidas a la fuerza pública y los tratados de derecho internacional humanitario ratificados por Colombia.

Finalmente, en la Sentencia T-590A de 2014⁹⁴, la Corte conoció de la acción de tutela interpuesta contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por haberle otorgado competencia a la justicia penal militar para conocer del proceso penal en contra de miembros de la fuerza pública, por la conducta punible de homicidio. El accionante sostuvo que la víctima de la conducta punible no murió como consecuencia de un enfrentamiento, sino de una ejecución extrajudicial. Ello, teniendo en cuenta que a través de las pruebas que obraban en el expediente, se estableció que el cuerpo fue hallado en un escenario que no era propio de combate y tampoco se pudo verificar que el occiso tuvo la oportunidad de responder a sus victimarios. A esto se le agrega que la víctima no tenía para el momento de los hechos antecedentes penales que justificaran eventualmente un ataque armado o una captura, tal como lo adujeron los uniformados.

Para la Corte, en este caso, si bien es cierto se comprobó que los uniformados involucrados hacían parte de una “misión táctica” para el momento de los hechos, ello no significaba que cualquier conducta que se desarrollara en la ejecución de la misma, incluidas aquellas que tenían la categoría de *graves violaciones a los derechos humanos*, guarden relación directa con el servicio que prestan los miembros de la fuerza pública. Lo anterior, en aras de preservar carácter especial del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se convierta en un mero privilegio estamental.

La Corte consideró que no había claridad sobre la forma cómo murió la víctima. Específicamente, no se tenía certeza si había muerto con ocasión de un enfrentamiento (combate) o si, por el contrario, se trataba de una ejecución por fuera de una confrontación. Ante dicha incertidumbre y teniendo en cuenta que la jurisdicción penal militar es de carácter

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-590A de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Moncaleano.



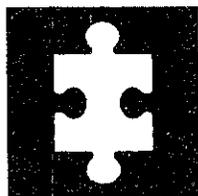
excepcional y especial, el conflicto de competencia debió resolverse a favor de la jurisdicción penal ordinaria. Finalmente, la Sala señaló que, el Consejo Superior de la Judicatura había incurrido en un defecto fáctico, puesto que no valoró de manera adecuada y sistemática las pruebas allegadas al proceso, con lo cual desconoció el principio al juez natural y vulneró el derecho al debido proceso.

Para la Corte, se vulnera el derecho fundamental al debido proceso cuando (i) se otorga competencia a la justicia penal militar para investigar hechos delictivos en los cuales se encuentran implicados miembros activos de la fuerza pública, y (ii) de las pruebas obrantes en el proceso no se obtiene certeza acerca de la relación de la conducta punible con el desarrollo de actividades propias del servicio. Cuando no existe certeza (contrario sensu, cuando haya duda) respecto de la competencia que tiene la justicia penal militar para conocer de determinados asuntos, se deberá remitir la investigación a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de garantizar el derecho al juez natural y al debido proceso. En la medida en que el hecho punible surge como consecuencia de una extralimitación o un abuso del poder acaecido en el marco de una actividad relacionada con una función propia de la fuerza pública, no puede haber duda alguna acerca de la existencia de este elemento para configurar el fuero penal especial.

Sumado a estos criterios, respecto de la libertad de configuración legislativa para crear tipos penales militares o para modificar o incorporar tipos penales de la legislación ordinaria, la Corte en la Sentencia C-533 de 2008⁹⁵ afirmó que esto es posible, siempre que, dentro de los elementos estructurales del tipo se incorporen aquellos elementos que de manera genuina tienen relación directa y próxima con el servicio militar o policial.

En conclusión, para la Fiscalía, en aras de establecer cuándo una conducta determinada corresponde a la jurisdicción ordinaria o a la jurisdicción penal militar, deben seguirse las subreglas jurisprudenciales que delimitan las fronteras de la justicia penal militar. Esta delimitación

⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-533 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

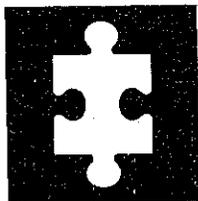


FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

puede razonablemente dividirse en dos tipos de criterios: (i) subreglas principales de interpretación y (ii) subreglas secundarias de aplicación.

Las (i) subreglas principales de interpretación reúnen aquellas subreglas jurisprudenciales que configuran el marco general de interpretación de los límites de la jurisdicción penal militar. Estas son que: (a) la jurisdicción penal militar es una excepción al principio del juez natural; por tanto (b) los delitos que habilitan su competencia se relacionan con actos del servicio y dicha relación es directa y próxima y no hipotética y abstracta y, (c) su alcance se interpreta siempre de manera restrictiva. A estas subreglas principales podría agregarse una cuarta, que consiste en que (d) en ejercicio de la libertad de configuración legislativa es posible crear tipos penales militares, o modificar o incorporar tipos penales de la legislación ordinaria, siempre que, dentro de los elementos estructurales del tipo se incorporen aquellos elementos que de manera genuina tienen relación directa y próxima con el servicio militar o policial, en los términos definidos por la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Las subreglas secundarias de aplicación se derivan de las primeras y aluden a reglas prácticas de definición de competencia, incluso de constitucionalidad. Estas son de manera indicativa las siguientes: (a) en ningún caso la jurisdicción penal militar podrá conocer de delitos que configuren graves violaciones a los derechos humanos; (b) la competencia del fuero penal militar –en términos abstractos o concretos, esto es, en sede de constitucionalidad o de revisión de tutela– se encuentra supeditada a la concurrencia de dos elementos: el primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, y el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación directa con el servicio; (c) siempre que exista duda sobre la jurisdicción competente para investigar y sancionar un delito cometido por un miembro de la fuerza pública, deberá ser remitido a la jurisdicción ordinaria; (d) los agentes de la fuerza pública son garantes respecto de los riesgos que tienen que controlar y los bienes jurídicos que debe proteger. Por lo tanto, las omisiones que le sean atribuibles a los mismos y que se relacionan con graves violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, son comportamientos que no guardan identidad con el servicio y, por tanto,



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

no podrán ser competencia de la justicia penal militar, sino de la jurisdicción ordinaria; (e) la justicia penal militar no será competente para conocer casos en los que se hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos (ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad y desaparición forzada) por agentes del Estado, dada la total contradicción entre el delito y las funciones que constitucionalmente le han sido atribuidas a la fuerza pública y los tratados de derechos internacional humanitario ratificados por Colombia.

2.3. Consideraciones frente al numeral 9 del artículo 8 y el numeral 8 del artículo 9 de la Ley 1765 de 2015.

Los delitos consagrados en el numeral 9 del artículo 8 y el numeral 8 del artículo 9 de la Ley 1765 de 2015, fueron analizados por los actores en una cuarta categoría que denominaron “[d]elitos sin asignación especial de competencia”⁹⁶. En su opinión, se trata de disposiciones que desconocen los preceptos constitucionales sobre el carácter restrictivo de la justicia penal militar. En palabras de los demandantes:

“(…) [P]ermitir la vigencia de normas con este alcance dentro del ordenamiento jurídico **equivaldría a reconocer el carácter general de la jurisdicción militar frente a la ordinaria**, en desmedro del principio de funcionalidad y de la democracia en general”⁹⁷ (negrillas fuera del texto).

Ahora bien, contraria a la posición asumida por los actores, la Fiscalía considera que tales numerales que consagran la asignación de competencia sin asignación especial, son disposiciones normativas acordes a la Constitución, siempre y cuando se adopte una interpretación razonable de la norma que sea igualmente coherente con los preceptos constitucionales sobre la justicia penal militar.

Tal como fue expuesto en apartes anteriores, la finalidad de las disposiciones normativas que consagran la asignación de competencia entre los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado, creados por la misma ley, no es determinar cuáles son los

⁹⁶ Folio 51 del escrito de demanda.

⁹⁷ Folio 55 del escrito de demanda.



delitos cuya investigación y juzgamiento corresponde a la justicia penal militar. En ese sentido, el propósito de las normas acusadas es el de determinar, cómo será distribuido el conocimiento de los delitos de competencia de la justicia penal militar, entre los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado⁹⁸ y los de Conocimiento⁹⁹.

En ese sentido, en criterio de esta Entidad, una interpretación razonable del numeral 9 del artículo 8 de la Ley acusada, que establece que los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado conocerán de los “[d]elitos que no tengan asignación especial de competencia, siempre y cuando su pena mínima sea superior a tres (3) años de prisión” y del numeral 8 del artículo 9 de esta misma Ley, que ordena que de los mismos delitos conocerán los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento, cuando su pena mínima “sea igual o inferior a tres (3) años de prisión”, es aquella en la que se entienda que tal asignación se limita a:

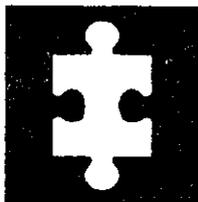
- (i) aquellos delitos que pueden ser objeto de conocimiento por la justicia penal militar, por cumplir con los lineamientos constitucionales y legales de restricción en relación con su ámbito de aplicación; y
- (ii) siempre y cuando, su conocimiento no hubiere sido asignado a los Juzgados Penales Militares y Policiales de Conocimiento o a los de Conocimiento Especializado por los numerales precedentes de las dos disposiciones acusadas.

2.4. Conclusión.

Los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015 acusados no amplían la competencia de la justicia penal militar. Es en el marco de ésta, que distribuyen el conocimiento de los delitos entre los dos tipos de Juzgados Penales Militares y Policiales (de Conocimiento y de Conocimiento Especializado) creados por la Ley acusada.

⁹⁸ Artículo 8, Ley 1765 de 2015.

⁹⁹ Artículo 9, Ley 1765 de 2015.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

El ejercicio de esa competencia será constitucional, sólo si es interpretada integralmente con el Código Penal Militar y con pleno acatamiento de las reglas establecidas por la Corte Constitucional frente a la justicia penal militar, de conformidad con los argumentos que fueron expuestos por esta Entidad. En atención a esto, la Fiscalía General de la Nación considera que los artículos acusados son constitucionales sólo si se interpretan de la manera antes mencionada.

B. Cargo segundo. El artículo 2 de la Ley 1765 de 2015 establece el juzgamiento de civiles por parte de la justicia penal militar, a pesar de encontrarse prohibido por la Constitución y los tratados internacionales.

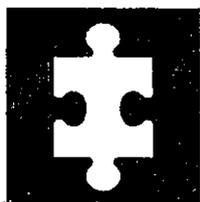
1. Análisis de los requisitos generales de procedibilidad.

Como se señaló anteriormente, la Corte Constitucional ha establecido que las demandas de inconstitucionalidad deben cumplir con el requisito de claridad en sus cargos, que hace referencia a la manera en que se debe desarrollar la argumentación. Así, para el cumplimiento de este requisito es necesario que los cargos sean expuestos siguiendo un hilo conductor y que se logre distinguir los razonamientos, gracias a su exposición “de una manera lógica, coherente y congruente”¹⁰⁰.

En el caso del cargo sobre el juzgamiento de civiles por parte de la justicia penal militar, los demandantes parten por señalar de forma comprensible el precepto demandado y su contenido, posteriormente se refieren a los principios y derechos constitucionales que en su opinión resultan vulnerados y luego hacen referencia a diferentes disposiciones y decisiones vinculantes de organismos internacionales y de tribunales nacionales que desarrollan sus argumentos. Finalmente, mencionan las razones por las que en su concepto el texto del artículo demandado desconoce disposiciones constitucionales.

De esta manera, la lectura del cargo permite identificar un hilo conductor en el que se menciona el objeto de la demanda y las razones que sustentan

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Auto 122 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

la supuesta violación de las disposiciones constitucionales, cumpliéndose de esta manera con el requisito de claridad del cargo.

Frente al requisito de certeza, la Fiscalía identifica falencias en la interpretación que los accionantes realizan de la norma demandada, particularmente en lo relacionado con la expresión “en lo pertinente”. El citado artículo no señala de manera expresa que la jurisdicción penal militar juzgará civiles y militares en retiro sino que especifica que ésta se les aplicará en lo pertinente.

La Corte ha establecido que un cargo se considera cierto cuando está dirigido contra “una proposición normativa ‘real y existente’. Esto es, (...) efectivamente contenida en la disposición acusada y no (...) inferida por el demandante”¹⁰¹. Por tal razón, se concluye que el cargo de la referencia presenta debilidades en cuanto al cumplimiento del requisito de certeza, en atención a las razones antes expuestas.

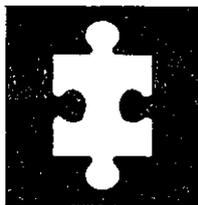
De otro lado, el cargo planteado contra el citado artículo 2, “establece (...) una oposición objetiva entre el contenido del texto que se acusa y las disposiciones de la Constitución Política”¹⁰², como el principio de juez natural y el artículo 213 de la Constitución Política. Así, el cargo no expone argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales”¹⁰³ para justificar la demanda contra esta disposición, pues menciona específicamente los principios constitucionales que considera vulnerados por el texto del artículo 2 de la Ley 1765 de 2015. Así mismo, hace referencia explícita a instrumentos y decisiones internacionales y nacionales que, según su criterio, fundamentan sus argumentos sobre la inconstitucionalidad de la disposición demandada.

De igual forma, el cargo formulado por los demandantes es pertinente, pues sus argumentos están fundados en consideraciones constitucionales, como consta en el texto de la demanda de inconstitucionalidad. Así, los demandantes afirman que el artículo 2 de la Ley 1765 de 2015 “además de los principios de independencia judicial, derecho a la igualdad y derecho al juez natural vulnera de manera directa el párrafo 5 y final del artículo

¹⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia C-243 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰² Corte Constitucional, Sentencia C-243 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

213 de la Constitución Política, que literalmente consagra que ‘Artículo 213. (...) En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar’ (...)’¹⁰⁴. En este mismo sentido, hacen referencia al texto de tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la Carta, y que según su criterio, son igualmente desconocidos por el artículo demandado.

Adicionalmente, el cargo no incluye “interpretaci[ones] subjetiva[s] de las normas acusadas”¹⁰⁵, teniendo en cuenta que los demandantes acuden a pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sobre el contenido de las disposiciones. Adicionalmente, hacen una interpretación literal del texto del artículo 213 de la Constitución Política, sin acudir a consideraciones subjetivas sobre esta disposición.

Finalmente, el cargo sobre el artículo 2 de la Ley 1765 de 2015 cumple con el requisito de suficiencia, teniendo en cuenta que los demandantes logran exponer todos los “elementos de juicio”¹⁰⁶ necesarios para darle un “alcance persuasivo [a] los argumentos de la demanda”¹⁰⁷.

En conclusión, a pesar de las deficiencias señaladas sobre el requisito de certeza, la Fiscalía General de la Nación presenta a continuación sus argumentos acerca del cargo de la referencia, en el evento en que la Corte considere éste cumple con los requisitos de procedibilidad y se pronuncie de fondo frente al mismo.

¹⁰⁴ Folio 56 del texto de demanda.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-243 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*



2. Análisis de fondo.

2.1. El artículo 2 de la Ley 1765 de 2015 no extiende la competencia de la justicia penal militar y policial a militares en retiro y a civiles que desempeñen cargos en esta jurisdicción, pues para estas personas solamente resultan aplicables las disposiciones de carácter laboral y administrativo de este texto normativo.

El artículo 2 de la Ley 1765 de 2015 no desconoce el principio de independencia judicial, ni los derechos a la igualdad y al juez natural, ni la prohibición de investigar o juzgar civiles por la justicia penal militar, consagrada en el inciso cuarto del artículo 213 de la Constitución Política. Lo anterior teniendo en cuenta que, según la interpretación sistemática de la norma y la intención del legislador, el artículo 2 no extiende el fuero penal militar a miembros de la fuerza pública en retiro ni a civiles. Al contrario, esta disposición establece que solamente los artículos de la Ley 1765 de 2015 de carácter laboral y administrativo se aplican a los servidores que hagan parte de la jurisdicción penal militar y policial.

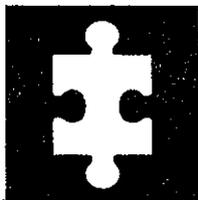
A continuación, como fundamento de lo anterior, se hará referencia a: (1) la competencia de la justicia penal militar; (2) la interpretación histórica de la disposición demandada y (3) la interpretación sistemática de la Ley 1765 de 2015.

2.1.1. Competencia de la justicia penal militar.

En la sentencia C-358 de 1997, la Corte Constitucional afirmó que “la jurisdicción penal militar conoce (1) de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, (2) siempre que ellos tengan ‘relación con el mismo servicio’ (...)”¹⁰⁸. Adicionalmente, señaló que se debía entender que el servicio “alude a las actividades concretas que se orienten 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”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁹ *Ibidem*.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Así, tal como se expuso en la primera sección de esta intervención, referente a la competencia de la justicia penal militar, para que un delito pueda ser considerado por esa jurisdicción, no basta con que sea ejecutado por un miembro de la fuerza pública dentro de su tiempo de servicio¹¹⁰ (elemento subjetivo). Es igualmente necesario que el delito se cometa en relación directa y próxima con el mismo servicio, esto es, dentro de las “misiones propias de la fuerza pública”¹¹¹ o “en el curso de actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares (...) y de la policía nacional”¹¹² (elemento funcional).

Lo anterior, teniendo en cuenta los límites a la competencia de la jurisdicción penal militar, que surgen del hecho de que los miembros de la fuerza pública son también ciudadanos y que, en consecuencia, no todos sus actos u omisiones les pueden ser imputados como miembros activos de las fuerzas militares¹¹³.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional ha afirmado que se desconoce el principio del juez natural (artículo 29 de la Constitución) y el derecho a la igualdad (artículo 13 de la Constitución), cuando la jurisdicción penal militar conoce casos referentes a delitos que son de competencia de la jurisdicción ordinaria. En tal evento, “se estaría generando una diferencia en cuanto al órgano llamado a ejercer el juzgamiento de conductas delictivas que no requieren de una cualificación específica del sujeto que las realiza”¹¹⁴.

Con base en lo anterior, la Fiscalía General de la Nación considera que se vulnerarían los principios y derechos resaltados por los demandantes, además de diversas disposiciones internacionales vinculantes y decisiones de organismos del derecho internacional de los derechos humanos, si la disposición demandada permitiera que la jurisdicción penal militar y policial juzgara e investigara militares en retiro y personal civil de la justicia penal militar y policial. Desconociendo con ello los elementos subjetivo y funcional de los delitos que son competencia de esta jurisdicción especializada.

¹¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-878 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 7 de mayo de 2009.

¹¹³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-878 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



Si, por el contrario, no se extiende la jurisdicción penal militar más allá de los delitos cometidos por miembros activos de la fuerza pública en relación con el servicio, no se desconocen estos derechos constitucionales, como ocurre en este caso, teniendo en cuenta los argumentos que se exponen a continuación.

2.1.2. Interpretación histórica y sistemática del artículo 2 de la Ley 1765 de 2015.

Para determinar el sentido de la norma demandada, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado cuatro criterios de interpretación¹¹⁵: (i) interpretación histórica, (ii) interpretación gramatical, (iii) interpretación lógica e (iv) interpretación sistemática¹¹⁶. En el caso de estudio, se acudirá a los criterios histórico y sistemático para determinar el sentido del artículo 2 de la Ley 1765 de 2015.

a. Interpretación histórica del artículo 2 de la Ley 1765 de 2015.

En la sentencia C-574 de 2011, la Corte Constitucional afirmó que la “interpretación histórica, consiste en analizar las propuestas y los debates que se dieron en el proceso de reforma (...) para reconstruir de esta manera la intención aproximada del órgano reformador”¹¹⁷, en el caso de reformas a la Constitución Política y de disposiciones legislativas.

Partiendo de lo anterior, en este apartado se hará referencia a los debates en el Congreso de la República y a la exposición de motivos de la Ley 1765 de 2015, relacionados con su ámbito de aplicación, lo regulado en su artículo 2 y con la competencia de la jurisdicción especializada.

En los debates relativos al Proyecto de Ley número 210 de 2014 Cámara, 085 de 2014 Senado, el Legislador resaltó que el derecho penal militar se aplica exclusivamente a la “Fuerza Pública comprendido en dicho concepto tanto las Fuerzas Militares como la Policía Nacional de

¹¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-820 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy.

¹¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



Colombia”¹¹⁸ y que la justicia penal militar o policial “investiga y juzga conductas delictivas cometidas por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio”¹¹⁹.

Frente al requisito de “relación con el servicio” el Legislador afirmó que se trataba de un “factor determinante para establecer cuando un delito es de conocimiento de la Justicia Penal Militar y Policial”¹²⁰, por lo que es necesario evaluar “el caso en concreto, su autor, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollan los hechos y su nexo próximo y directo con el servicio”¹²¹ para tomar decisiones sobre el delito cometido.

Adicionalmente, en el debate del Congreso de la República se afirmó que el “Fuero Penal Militar no se extiende a funcionarios civiles, pues se requiere como requisito para su operación la existencia de un factor subjetivo, según el cual quien cometa la conducta debe ser **para el momento de la comisión de los hechos** un miembro de la Fuerza Pública en **servicio activo**, de manera tal que con ello se excluye automáticamente a quienes no ostenten tal calidad, **bien sea porque ya se encuentren en uso de buen retiro o porque nunca hayan pertenecido a las Fuerzas**”¹²² (negrilla fuera del texto). En este mismo debate se resaltó la prohibición, contenida en el artículo 213, correspondiente a la investigación o juzgamiento de civiles por la jurisdicción especializada.

Ahora bien, en los debates del Congreso de la República para la aprobación de la Ley 1765 de 2015, se afirmó que, de conformidad con el artículo 2, la Ley 1765 aplica para los “servidores públicos que hagan parte de la Jurisdicción Especializada, en lo relativo a **disposiciones de carácter laboral-administrativo**”¹²³ (negrilla fuera del texto).

Sobre este mismo artículo, se afirmó que este ámbito de aplicación de la ley tiene fundamento en sus disposiciones “relativas a la adopción de las plantas de personal de la Unidad Administrativa Especial de la Junta

¹¹⁸ Gaceta del Congreso de la República No. 314 del 20 de mayo de 2015.

¹¹⁹ Proyecto de Ley 085 de 2013 Senado. Exposición de motivos.

¹²⁰ Gaceta del Congreso de la República No. 644 del 21 de octubre de 2014.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Gaceta del Congreso de la República No. 644 del 21 de octubre de 2014.

¹²³ Gaceta del Congreso de la República No. 314 del 20 de mayo de 2015.



Penal Militar y Policial, la incorporación del personal que viene prestando sus servicios, la conservación del régimen prestacional aplicable a los servidores públicos civiles que desempeñen cargos en la actual Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y que se incorporen a cargos de la plata de personal de la Unidad y su sistema especial de carrera y clasificación de empleos”¹²⁴.

Estas consideraciones del Legislador, demuestran que la Ley 1765 de 2015, más específicamente el artículo 2, no se apartó de las disposiciones nacionales e internacionales que regulan la competencia de la Justicia Penal Militar y Policial. Estas hacen referencia a la imposibilidad de la jurisdicción especializada de investigar y juzgar tanto a militares o policías en retiro, como a civiles o no uniformados que hagan parte del personal de la Justicia Penal Militar y Policial.

Lo anterior es confirmado por la adición que los legisladores hicieron al texto de la disposición demandada, esto es, por la expresión “en lo pertinente” que fue incorporada al artículo 2 durante el debate que condujo a la aprobación de la ley. Esta adición confirma que el Legislador no tenía la intención de establecer que la totalidad del texto normativo fuera aplicable a los civiles y militares o policías en retiro, sino únicamente en lo que refiere a conductas relacionadas con cuestiones laborales y administrativas.

Así entonces, para la Fiscalía General de la Nación resulta evidente que la interpretación planteada por el demandante desconoce la intención del legislador, pues de la interpretación histórica de la totalidad de la Ley 1765 de 2015 y, más específicamente del artículo 2, se desprende que el Legislador en ningún momento pretendía extender la competencia de la jurisdicción penal militar y policial a los miembros de la Fuerza Pública en retiro ni a los civiles que desempeñen cargos en la Justicia Penal Militar y Policial. Por el contrario, del proceso de adopción de esta disposición se deriva la intención del legislador de establecer que solamente las disposiciones de carácter laboral y administrativo serían aplicables a militares o policías en retiro y a civiles con cargos en los órganos de la jurisdicción especializada.

¹²⁴ Gaceta del Congreso de la República No. 644 del 21 de octubre de 2014.



b. Interpretación sistemática de la Ley 1765 de 2015.

El método de interpretación sistemática de un precepto consiste en determinar su significado a través de su comparación “con la norma o normas en las que se integra”¹²⁵. Este método de interpretación permite entender la disposición dentro del contexto de la ley, “como parte de un todo cuyo significado y alcance debe fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece”¹²⁶.

Así, para comprender el sentido del artículo 2 de la Ley 1765 de 2015, se debe tener en cuenta la totalidad de la disposición, partiendo de su encabezado que hace referencia al objeto del texto normativo:

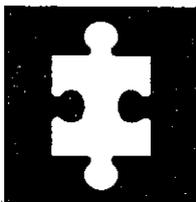
“Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su Cuerpo Técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al Sistema Penal Acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones”.

De este encabezado se deriva que la Ley 1765 de 2015 no se refiere únicamente al procedimiento y elementos propios del derecho penal y del sistema penal acusatorio, sino que también regula aspectos administrativos sobre el funcionamiento de los distintos órganos que compondrán esta jurisdicción especializada.

Igualmente, de distintas disposiciones de la Ley se desprenden objetivos de carácter administrativo y laboral, como lo son: estructurar el ámbito de las competencias judiciales, fortalecer la investigación, permitir la profesionalización y proyección del funcionario judicial, optimizar la cobertura y el servicio de la jurisdicción especializada y armonizar la autonomía e independencia de la jurisdicción, entre otros.

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Ver también: Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Ahora bien, al considerar los títulos en que está organizada la Ley 1765 se evidencia que en su mayoría regulan aspectos administrativos que permiten garantizar el funcionamiento de esta jurisdicción especializada. Así, los títulos aplicables a miembros de la fuerza pública en retiro o civiles que desempeñen cargos en la justicia militar o policial, por contener disposiciones de carácter administrativo son los siguientes:

- Título I. Administración de la Justicia Penal Militar o Policial. Este título hace referencia a las normas y principios rectores de la administración de justicia, aplicables a funcionarios que ejerzan estas funciones, que, como se menciona posteriormente, no necesariamente tienen que ser miembros activos de la fuerza pública.
- Título II. Estructura de la Justicia Penal Militar o Policial. Según se afirmó en la exposición de motivos, en este título “se precisa que la Jurisdicción Penal Militar y Policial la componen órganos jurisdiccionales y de investigación, así como de Dirección y Administración”¹²⁷.
- Título III. Requisitos para el desempeño de cargos en la Justicia Penal Militar o Policial. Según se afirmó en la exposición de motivos del proyecto de ley, “podrán ocupar dichos cargos (...) tanto el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en actividad o en retiro y civiles o no uniformados”¹²⁸.

Así, las disposiciones de este título que hacen referencia a aspectos de carácter administrativo, como lo son los requisitos para acceder a los cargos de la justicia penal militar o policial, serían aplicables para los civiles y militares o policías en retiro que accedan o pretendan acceder a estos cargos.

- Título IV. Fiscalía General Penal Militar y Policial. En este título también se hace referencia a los requisitos para acceder a cargos de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial. Al igual que sucede con el título anterior, las disposiciones de este título que hacen referencia a aspectos de carácter administrativo y laboral, serían aplicables para los civiles y

¹²⁷ Proyecto de Ley 085 de 2013 Senado. Exposición de motivos.

¹²⁸ *Ibidem*.



FISCALÍA
GÉNERAL DE LA NACIÓN

militares o policías en retiro que accedan o pretendan acceder a estos cargos.

- Título V. Administración, Gestión y Control de la Justicia Penal Militar o Policial. Este título, según la exposición de motivos del proyecto de ley, tiene por objeto “organizar los recursos humanos, financieros, presupuestales, tecnológicos y logísticos dentro de esta jurisdicción”¹²⁹. Por esta razón, este título se regula la creación de un “órgano de administración y un ente directivo que defina las políticas, planes, programas y proyectos que deben implementarse para optimizar el funcionamiento de la Justicia Penal Militar o Policial”¹³⁰.

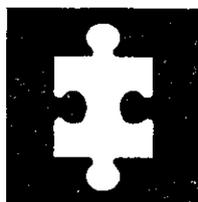
Es pertinente resaltar que el artículo 58 de la Ley 1765 de 2015 hace referencia a la competencia de la Procuraduría General de la Nación para conocer de los procesos disciplinarios de los servidores públicos que desempeñen cargos en la jurisdicción especializada. Esto permite confirmar que la Ley 1765 de 2015 no se extiende a civiles y militares o policías en retiro, en los casos de faltas relacionadas con sus funciones dentro de la jurisdicción especializada. A continuación se transcribe el artículo mencionado:

“Art. 58. Autoridad Disciplinaria. Los servidores públicos que desempeñen cargos de jueces y fiscales de la Justicia Penal Militar y Policial, serán investigados disciplinariamente por conductas derivadas del ejercicio de sus funciones por la Procuraduría General de la Nación y, los demás servidores por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial; sin perjuicio en este último caso, del ejercicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación”.

- Título VI. Independencia y Autonomía de la Justicia Penal Militar o Policial. Este título se refiere, entre otros aspectos, al régimen disciplinario aplicable a los miembros del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial. Estas disposiciones permiten establecer un trato

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

diferenciado según se trate de faltas cometidas en relación con el servicio o por fuera del mismo.

Así, de conformidad con los artículos 86 y 87, aunque hay miembros activos de la fuerza pública que pueden hacer parte del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial, en el texto normativo se diferencia entre el tratamiento que reciben si están en ejercicio de sus funciones como miembros del Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial y si están ejerciendo funciones fuera de su función judicial.

De esta manera, se establece que estos miembros activos de la fuerza pública podrán ser disciplinados por la Procuraduría General de la Nación cuando ejerzan funciones judiciales (en estos casos, se aplica el régimen disciplinario de los servidores públicos), y por militares activos cuando cometan faltas fuera del ejercicio de la función judicial (en estos casos, se aplican los estatutos disciplinarios de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional).

- Título VII. Evaluación de desempeño. Las disposiciones de este título son de carácter administrativo y, en consecuencia son aplicables para los militares o policías en servicio y para los civiles que fungen como servidores de la jurisdicción especializada.
- Título IX. Disposiciones finales. Este título contiene disposiciones de carácter administrativo, como las relativas a la adopción por el Gobierno Nacional, de las plantas de personal de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar o Policial, al régimen prestacional aplicable a los servidores públicos civiles y al sistema especial de carrera y de clasificación de empleos. Estas disposiciones podrían ser aplicadas a civiles y a militares o policías en retiro.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que el título VIII, relativo al tránsito de la justicia penal militar o policial hacia el sistema penal acusatorio, contiene disposiciones que no tienen carácter administrativo o laboral. Estas versan sobre aspectos que permiten garantizar la plena operatividad del mencionado sistema, tales como las relativas a rebajas de penas en delitos. Estas disposiciones no podrían ser aplicadas a los civiles ni a militares o policías en retiro.



Teniendo en cuenta lo anterior, la Fiscalía General de la Nación considera que los demandantes no interpretaron correctamente el sentido de la Ley 1765 de 2015. Si se considera la totalidad de sus disposiciones resulta evidente que el texto normativo contiene múltiples normas que regulan aspectos de carácter laboral y administrativo, las cuales son plenamente aplicables a aquellos civiles y miembros de la fuerza pública en uso del buen retiro, que ostenten cargos en la justicia penal militar.

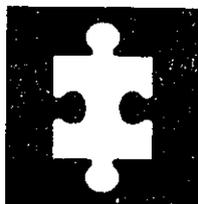
A pesar de lo anterior, esta Entidad considera que es necesario que la Corte Constitucional condicione la exequibilidad de la norma demandada, con el fin de evitar interpretaciones del texto contrarias a la Constitución¹³¹, que pretendan ampliar la competencia de la jurisdicción penal militar y policial, abarcando a miembros de la fuerza pública en retiro y a civiles que desempeñen cargos en la Justicia Penal Militar y Policial.

2.2. Conclusiones.

Se desprende de los debates del Congreso de la República para la aprobación de la Ley 1765 de 2015 que, según su artículo 2, solamente las disposiciones de carácter laboral y administrativo son aplicables a los civiles y a miembros de la fuerza pública en retiro que desempeñen cargos en la justicia penal militar y policial.

Igualmente, la interpretación sistemática de la Ley acusada permite considerar que los demandantes le atribuyeron un sentido incorrecto a la disposición demandada. No consideraron que un número significativo de las disposiciones de esta norma, regulan aspectos de carácter administrativo relacionados con el adecuado funcionamiento de esta jurisdicción especializada.

¹³¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

C. Cargo tercero. Los artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015, y 294, 298 y 299 de la Ley 1407 de 2010 violan los derechos constitucionales de las víctimas dentro del proceso penal militar.

Dado que en el presente cargo los demandantes presentan cuatro (4) subcargos, para el desarrollo del mismo (i) se señalará por qué cada uno de ellos sí cumple con los requisitos mínimos de admisibilidad establecidos por la jurisprudencia constitucional; y se concluirá (ii) exponiendo la posición de la Fiscalía General de la Nación en relación con los argumentos de fondo esbozados por los demandantes frente a cada uno.

1. Presunta vulneración de los derechos constitucionales de las víctimas en la consagración de los mecanismos de terminación anticipada del proceso (artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015).

1.1. Análisis de los requisitos generales de procedibilidad.

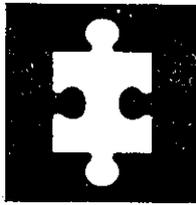
El cargo bajo análisis, que versa sobre la inconstitucionalidad de los artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015, y 294, 298 y 299 de la Ley 1407 de 2010, reúne los requisitos mínimos de procedibilidad exigidos por la jurisprudencia constitucional, por las razones que se exponen a continuación.

Frente a este cargo, la demanda es clara, dado que expone de manera comprensible su contenido y su justificación. La argumentación al respecto discurre en forma congruente, lógica y coherente.

Así mismo, el cargo se refiere a normas ciertas, precisas y concretas del ordenamiento jurídico, y las razones en que se funda son objetivas y no simples conjeturas, suposiciones o sospechas. Por tales razones, se cumple con el requisito de certeza.

Respecto de este cargo, los argumentos de los accionantes son específicos. Estos corresponden a una acusación de inconstitucionalidad concreta frente a los artículos demandados de las Leyes 1407 de 2010 y 1765 de 2015.

De igual forma, el cargo en mención es pertinente. Hace referencia a la contradicción que los demandantes hallan entre los artículos 109 y 110 de



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

la Ley 1765 de 2015 y 294, 298 y 299 de la Ley 1407 de 2010, con los artículos 1, 2, 29, 93, 228, 229 y 250 de la Constitución.

Finalmente, se debe afirmar que los razonamientos que contiene la demanda en este cargo tercero, tienen un alcance persuasivo suficiente para generar una duda mínima sobre la inconstitucionalidad de las normas acusadas.

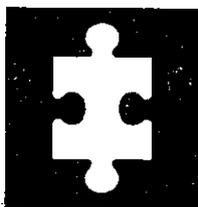
1.2. Análisis de fondo.

Con el propósito de analizar este cargo, la Fiscalía considera necesario referirse: (i) al margen de configuración normativa de la que dispone el Legislador respecto a la estructura y funcionamiento de la justicia penal militar, y concretamente frente a la posibilidad de introducir algunas de las garantías procesales del sistema acusatorio al proceso penal militar; (ii) los acuerdos y preacuerdos como formas de terminación anticipada del proceso penal; y (iii) concluir con las razones por las cuales la Fiscalía no comparte los argumentos expuestos por los accionantes frente a este cargo.

1.2.1. El Legislador, dentro del margen de configuración normativa del que dispone, puede introducir algunas de las garantías procesales del sistema acusatorio al proceso penal militar, incluso dentro de los órganos específicos que la integran y las funciones a ellos atribuidas.

La Corte Constitucional ha precisado que el Legislador tiene un amplio margen de configuración en todo lo relacionado con la estructura y funcionamiento de la justicia penal militar, específicamente en lo que tiene que ver con los órganos que la integran. Al respecto, en la Sentencia C-737 de 2006 indicó:

“[L]a facultad para regular todo lo relacionado con la estructura y funcionamiento de la Justicia Penal Militar ha sido reservada al legislador, quien [en] ese campo goza de un amplio margen de configuración política para definir: (i) los comportamientos constitutivos de delito que de acuerdo con su competencia deben ser conocidos por esa jurisdicción especial, (ii) los procedimientos especiales que deben regir los juicios y, en general, (iii) **todo lo relacionado con los órganos específicos que la integran** y con su régimen de personal, lo cual incluye la



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

creación y supresión de cargos, la forma de provisión, permanencia y retiro, y la fijación de los requisitos y calidades requeridas para el ejercicio de los mismos”¹³² (negrillas fuera de texto).

En la misma decisión, el Alto Tribunal también sostuvo que “tomando en consideración (i) que el Acto Legislativo 03 de 2002 no introdujo cambio alguno en la parte dogmática de la Carta Política; (ii) que diversos tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad apuntan a que en el sistema penal interno se introduzcan ciertas garantías procesales propias de un sistema acusatorio (vgr. la distinción entre los funcionarios que investigan, acusa y juzga), cuya adopción apunta a contar con un juicio más justo para el procesado y la víctima; (iii) que la Justicia Penal Militar, si bien no hace parte orgánicamente de la Rama Judicial, administra justicia; y (iv) **que en materia de derechos civiles y políticos, entre ellos el debido proceso penal, se aplica igualmente el principio de progresividad, la Corte considera que el legislador, dentro del margen de configuración normativa de que dispone, podría introducir algunas de las garantías procesales del sistema acusatorio al proceso penal militar**”¹³³ (negrillas fuera de texto).

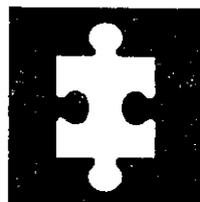
1.2.2. Los acuerdos y preacuerdos como formas de terminación anticipada del proceso penal.

El proceso penal generalmente finaliza con la imposición de una pena o con la absolución del acusado, una vez agotadas todas sus etapas. No obstante, existen otras formas de terminación del proceso, mediante las cuales se profiere una decisión sin el agotamiento del debate penal en su integridad. Dentro de estas formas de terminación anticipada del proceso penal se encuentran los preacuerdos, las negociaciones y el allanamiento o aceptación unilateral de los cargos.

La jurisprudencia constitucional, al referirse a la naturaleza de los preacuerdos y las negociaciones, ha precisado que estos “representan una vía judicial encaminada a la simplificación de los procesos mediante la

¹³² Corte Constitucional, Sentencia C-737 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³³ Ibídem.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

supresión parcial o total del debate probatorio y argumentativo como producto del consenso entre las partes”¹³⁴.

El Alto Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre las formas de terminación anticipada del proceso en estatutos procesales penales adoptados por el Legislador colombiano, especialmente luego de modificado el artículo 250 de la Constitución mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, por el cual se adoptó el sistema penal acusatorio en la jurisdicción ordinaria.

En la Sentencia T-966 de 2006, uno de los primeros pronunciamientos sobre el particular, la Corte indicó:

“También advierte la Sala Cuarta que en el nuevo estatuto procesal penal, ley 906 de 2004, se contempla la terminación anticipada del proceso, prevista bajo dos modalidades, las cuales permiten la imposición de sentencia condenatoria sin el agotamiento total del debate penal, y que ellas se encuentran perfectamente diferenciadas en su estructura, consecuencias y objetivos político criminales. Son ellas, (1) el consenso o aceptación de responsabilidad a través de los preacuerdos y negociaciones entre fiscal y procesado y (2) el allanamiento o aceptación unilateral de los cargos, (...)”¹³⁵.

En la misma decisión, el Alto Tribunal explicó que:

“En el primer caso se trata de verdaderas formas de negociación entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y sus consecuencias punitivas, las cuales demandan consenso. En el segundo caso, el presupuesto es la aceptación de los cargos por parte del procesado, es decir que no existe transacción y en consecuencia no requiere consenso”.

Posteriormente la Corte Constitucional, en Sentencia T-794 de 2007, al referirse a la configuración de los preacuerdos y los acuerdos en la Ley 906 de 2004, resaltó que dichas instituciones no pueden entenderse como una renuncia al poder punitivo del Estado, sino como una vía judicial

¹³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-794 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Cfr. Sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-966 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

alterna, expedita y consensuada del conflicto penal. En esa oportunidad la Corte concretamente estableció:

“Los procesos abreviados basados en los preacuerdos y las negociaciones entre las partes involucradas, no son expresión de una renuncia al poder punitivo del Estado¹³⁶, sino que están guiados por el propósito de resolver de manera más expedita el conflicto penal mediante la aceptación, por parte del imputado o acusado de hechos que tengan relevancia frente a la ley penal y su renuncia libre, voluntaria e informada, al juicio oral y público, a cambio de un tratamiento jurídico y punitivo menos severo por parte del órgano jurisdiccional. No incorporan el ejercicio de un poder dispositivo sobre la acción penal¹³⁷, sino la búsqueda, a través del consenso, de alternativas que permitan anticipar o abreviar el ejercicio de la acción penal”¹³⁸ (negrillas fuera de texto).

El Alto Tribunal en esa misma sentencia sostuvo que “el acuerdo o la negociación comporta: el reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado o acusado; la existencia de un fundamento fáctico y probatorio sobre el cual se produce el acuerdo; la renuncia libre, consiente, voluntaria y debidamente informada del imputado o acusado al juicio público, oral, concentrado y contradictorio (...)”¹³⁹.

En sentido similar, en Sentencia C-516 de 2007, la Corte, al referirse a la naturaleza y finalidades de los preacuerdos y negociaciones contemplados en la Ley 906 de 2004, sostuvo:

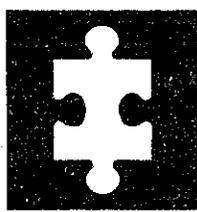
“En cuanto a la naturaleza, los preacuerdos y las negociaciones representan una vía judicial encaminada a la simplificación de los procesos mediante la supresión parcial o total del debate

¹³⁶ El artículo 250 de la Constitución establece 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, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”.

¹³⁷ Conforme al artículo 250 de la Carta, la Fiscalía General de la Nación no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad.

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-794 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³⁹ *Ibidem*.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

probatorio y argumentativo como producto del consenso entre las partes del proceso.

(....)

La denominada justicia consensuada, fundada en los preacuerdos y las negociaciones debe estar asistida por unas finalidades como son la de (i) humanizar la actuación procesal y la pena; (ii) la eficacia del sistema reflejada en la obtención pronta y cumplida justicia; (iii) propugnar por la solución de los conflictos sociales que genera el delito; (iv) propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto; (v) promover la participación del imputado en la definición de su caso (Art. 348)”

140

La Fiscalía considera importante resaltar que la Corte Constitucional ha sido enfática en precisar que la aplicación de los preacuerdos y negociaciones dentro del proceso penal no viola la Constitución Política. Por el ejemplo, en Sentencia C-059 de 2010, señaló al respecto lo siguiente:

“Así las cosas, la Corte Constitucional ha considerado en materia de acuerdos y preacuerdos lo siguiente (i) la existencia de estas figuras no vulnera, per se, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible; (iii) a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente; (iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tenida en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño



y de la víctima; y (viii) en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos”¹⁴¹.

1.2.3. Conclusiones.

(i) Uno de los argumentos fundamentales que plantean los demandantes consiste en que, los artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015 son inconstitucionales, en cuanto “tienen como propósito reglamentar las formas anticipadas de terminación de los procesos que podrán ser tramitados en la Justicia Penal Militar y Policial (...) particularmente en la modalidad de preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y el fiscal(...)”¹⁴², y que en esta medida, “están tomando atribuciones que según el artículo 250 Superior le corresponden exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, quien está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito (...)”¹⁴³.

No obstante, la Fiscalía considera que en esta materia no les asiste razón a los accionantes. Es cierto que el artículo 250 de la Constitución Política obliga a la Fiscalía General de la Nación a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, sin que pueda suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la Ley para la aplicación del principio de oportunidad.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el mismo artículo 250 Superior expresa que se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio. Es decir, se encuentran excluidos de la competencia investigativa de la Fiscalía General de la Nación los delitos de los que conoce la justicia penal militar, según lo dispuesto en el artículo 221 de la misma Carta.

PA

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-059 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴² Folio 98 del escrito de demanda.

¹⁴³ Folio 96 del escrito de demanda.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Además, como ya se reseñó con anterioridad, la Corte Constitucional ha sostenido que:

- a. “La facultad para regular todo lo relacionado con la estructura y funcionamiento de la Justicia Penal Militar ha sido reservada al legislador, quien [en] ese campo goza de un amplio margen de configuración política para definir: (...) (iii) **todo lo relacionado con los órganos específicos que la integran** y con su régimen de personal, (...)”¹⁴⁴ (negrillas fuera de texto).
- b. Así mismo, ha señalado que a los procesos penales que se adelantan ante la justicia penal militar, por decisión expresa del Congreso de la República, no se les estaban aplicando las garantías procesales del sistema acusatorio (esto, con anterioridad a la Ley 1765 de 2015). Sin embargo, en lo relacionado con derechos civiles y políticos (vgr. debido proceso penal), el Legislador, dentro de su amplio margen de configuración normativa, “podría introducir algunas de las garantías procesales del sistema acusatorio al proceso penal militar”¹⁴⁵.

Ahora bien, el artículo 109 acusado de la Ley 1765 de 2015 lo que hace es adicionar el artículo 491A al Código Penal Militar, en relación con la posibilidad de realizar preacuerdos desde la audiencia de imputación entre el Fiscal Penal Militar y el acusado. Por su parte, el artículo 110 de la misma ley, que modifica el artículo 493 de ese código, reglamenta las modalidades de preacuerdos y acuerdos entre las referidas partes.

Por consiguiente, no hay duda que estas dos normas legales están de acuerdo con la jurisprudencia constitucional ya mencionada, según la cual el Legislador tiene amplio margen para configurar los procedimientos de la justicia penal militar, entre los que se incluyen los acuerdos y preacuerdos celebrados entre el Fiscal Penal Militar y el imputado. En otras palabras, los artículos 109 y 110 no contradicen el artículo 250 de la Constitución.

(ii) Por otra parte, los demandantes sostienen que, al permitirse en los artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015 la posibilidad de celebrar acuerdos y preacuerdos en las investigaciones contra los miembros de la

¹⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-737 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-928 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



fuerza pública, se genera como consecuencia directa “la terminación del proceso de juzgamiento y por consiguiente la cesación de la investigación de las faltas cometidas en contra de las víctimas”¹⁴⁶. Según los demandantes, esto no sólo constituye un incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano. También configuraría una violación de la Constitución Política. Al respecto, señalan que el Estado estaría renunciando tácitamente a su deber de investigar y juzgar las conductas violatorias de los derechos humanos.

La Fiscalía tampoco está de acuerdo con este argumento de los actores. Como ya se mencionó, la Corte Constitucional al referirse a la naturaleza y finalidades de los preacuerdos y negociaciones contemplados en la Ley 906 de 2004, ha sostenido que:

“En cuanto a la naturaleza, los preacuerdos y las negociaciones representan una vía judicial encaminada a la simplificación de los procesos mediante la supresión parcial o total del debate probatorio y argumentativo como producto del consenso entre las partes del proceso.

Los procesos abreviados basados en los preacuerdos y las negociaciones entre las partes involucradas, no son expresión de una renuncia al poder punitivo del Estado¹⁴⁷, están guiados por el propósito de resolver de manera más expedita el conflicto penal mediante la aceptación, por parte del imputado o acusado de hechos que tengan relevancia frente a la ley penal y su renuncia libre, voluntaria e informada, al juicio oral y público, a cambio de un tratamiento jurídico y punitivo menos severo por parte del órgano jurisdiccional. No incorporan el ejercicio de un poder dispositivo sobre la acción penal¹⁴⁸, sino la búsqueda, a través del consenso, de alternativas que permitan anticipar o abreviar el ejercicio de la acción penal”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ El artículo 250 de la Constitución establece 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, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”.

¹⁴⁸ Conforme al artículo 250 de la Carta la Fiscalía General de la Nación no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad.

¹⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.



Como puede observarse, de las razones señaladas por la jurisprudencia constitucional se concluye que los artículos 109 y 110 cuestionados no vulneran el artículo 250 de la Constitución, así como ningún otro de la Carta Política, por establecer la posibilidad de que se puedan realizar acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía Penal Militar y el imputado o acusado, dentro del proceso penal adelantado ante la justicia penal militar. Al respecto, se debe resaltar que no es cierto que el Estado renuncie a la investigación y juzgamiento de conductas ilícitas, pues lo que se busca es resolver de manera más rápida el conflicto penal, a cambio de un tratamiento punitivo menos severo para el responsable, pero sin perjuicio de los derechos de las víctimas, tal como expone a continuación.

2. La participación activa de las víctimas en espacios de justicia negociada, permite salvaguardar sus derechos constitucionales y materializar el fin para el cual los preacuerdos y negociaciones fueron creados.

2.1. Análisis de los requisitos generales de procedibilidad.

Considera la Fiscalía General de la Nación que los demandantes presentan en este cargo argumentos concordantes con las exigencias establecidas en el Decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, para una demanda de constitucionalidad. En consecuencia, los demandantes argumentan de manera suficiente, cierta, clara, con pertinencia y especificidad por qué consideran que la Ley 1765 de 2015 vulnera los derechos de las víctimas con los artículos demandados. Por lo tanto, a consideración de la Fiscalía, la Corte Constitucional debe conocer de fondo este cargo.

2.2. Análisis de fondo.

La implementación del sistema penal acusatorio en Colombia ha sido reflejo de la constitucionalización del derecho penal. Progresivamente, se han reconocido garantías que permiten que todos los intervinientes en los procesos gocen de los derechos procesales reconocidos en la Carta Política y en instrumentos internacionales. Tales derechos son el límite y el fundamento de la discrecionalidad que tiene el Legislador en esta materia¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-645 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.



A partir de la constitucionalización del derecho penal, las víctimas son reconocidas como verdaderos sujetos procesales en materia penal. Por mandato constitucional, se les deben respetar todas las garantías procesales. En virtud de éstas, se ven materializados sus derechos a la verdad¹⁵¹, a la justicia¹⁵² y a la reparación¹⁵³.

Las figuras de terminación anticipada de los procesos existen en materia penal incluso desde antes de la implementación del sistema penal acusatorio, “[e]l Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993, estableció mecanismos de allanamiento y consensuados, orientados a la terminación anticipada del proceso”¹⁵⁴.

Como ya fue objeto de mención en esta intervención, en el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, se han determinado dos modalidades específicas, por medio de las cuales se puede acceder a terminar el proceso de manera anticipada: “(i) Los preacuerdos y

¹⁵¹ La Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la verdad incorpora las siguientes garantías: “(i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber. // El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima”. Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Fiscalía General de la Nación hizo también referencia a esta definición jurisprudencial en la intervención que presentó ante la Corte Constitucional en el proceso D-11065 [Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 459 (parcial), 472 (parcial) y 478 (parcial) de la Ley 906 de 2004].

¹⁵² La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a que se haga justicia incluye una serie de garantías que se pueden sistematizar de la siguiente forma: “(i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso”. Ibídem. La Fiscalía General de la Nación hizo también referencia a esta definición jurisprudencial en la intervención que presentó ante la Corte Constitucional en el proceso D-11065 [Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 459 (parcial), 472 (parcial) y 478 (parcial) de la Ley 906 de 2004].

¹⁵³ La Corte Constitucional ha precisado que, conforme al derecho internacional contemporáneo, el derecho a la reparación tiene una dimensión individual y otra colectiva. “Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas”. Ibídem. La Fiscalía General de la Nación hizo también referencia a esta definición jurisprudencial en la intervención que presentó ante la Corte Constitucional en el proceso D-11065 [Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 459 (parcial), 472 (parcial) y 478 (parcial) de la Ley 906 de 2004].

¹⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-106 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.



negociaciones entre el imputado o acusado y el fiscal; y (ii) la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado”¹⁵⁵.

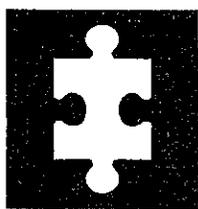
Así como en el sistema penal acusatorio implementado en la justicia ordinaria, en la justicia penal militar también existe la posibilidad de aplicar una justicia negociada (preacuerdos y negociaciones). Estas formas de terminación anticipada, responden a finalidades específicas, que se enuncian a continuación:

Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal)	Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar)
<p>Artículo 348. Finalidades.</p> <p>“Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener una pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso (...)”.</p>	<p>Artículo 491. Finalidades.</p> <p>“Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía Penal Militar y el acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso”.</p>

Las finalidades antes transcritas, contenidas en el artículo 491 del Código Penal Militar y referentes a la humanización de la actuación procesal y de la pena, se materializan a través de la garantía de la participación activa de las víctimas en los procesos, entre otros medios. Por ello, resulta de suma relevancia permitirles ser escuchadas en el trámite de los preacuerdos y las negociaciones, so pena de desnaturalizar la existencia y aplicación de tales formas de terminación anticipada.

Respecto de las finalidades de estas figuras de terminación anticipada del proceso, en lo referente al sistema penal acusatorio (Art. 348 del Código de Procedimiento Penal), la Corte ha reconocido lo siguiente:

¹⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-091 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

“La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado”¹⁵⁶ (negrilla fuera del texto original).

Por lo tanto, dado que estas figuras fácilmente podrían vulnerar los derechos de las víctimas, pues sus intereses se ven inmersos en estas negociaciones, con el fin de evitar la vulneración, la Corte ha determinado límites tendientes a establecer una barrera que proteja los derechos al debido proceso, incluyendo el deber que tiene el Estado de investigar, juzgar y sancionar.

En la sección anterior, al sustentar la constitucionalidad de los acuerdos y preacuerdos como formas de terminación del proceso, se reprodujo un aparte de la sentencia de constitucionalidad C-059 de 2010. En ésta, la Corte incluye algunas prerrogativas o límites que envuelven las mencionadas figuras de terminación anticipada. Para efectos del análisis del subcargo que se estudia en esta sección, se retoman los siguientes apartes de esa sentencia de constitucionalidad:

“(iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tomada en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos

¹⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.



celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima;(...)"¹⁵⁷.

De la lectura de los límites a estas dos formas de terminación anticipada, se concluye que el Tribunal Constitucional ha protegido los derechos de las víctimas en el marco del proceso penal. Esta protección se extiende no sólo a lo relacionado con acuerdos y preacuerdos, sino también a todas las etapas procesales. En materia de justicia negociada, resulta fundamental permitir la participación de las víctimas. Tal como lo ha establecido la Corte, sus intereses no necesariamente concuerdan con los del fiscal del caso. Adicionalmente, si bien el juez hace un control de legalidad al acuerdo¹⁵⁸, la víctima tiene derecho a expresar su inconformidad en todas aquellas actuaciones que puedan menoscabar sus derechos.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha considerado que al momento de hacer uso de este tipo de mecanismos de terminación anticipada, es menester garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas¹⁵⁹. En atención a esto, en la sentencia C-516 de 2007, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada, por los cargos analizados en esa sentencia, de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004. Estableció que eran constitucionales "(...) en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo"¹⁶⁰.

Por tales razones, la Fiscalía General de la Nación considera al igual que los demandantes, que la protección de los derechos de las víctimas en los procesos penales ordinarios, es extensible a los procesos que se adelanten ante la justicia penal militar. Esto, si se tiene en cuenta que las garantías procesales de las víctimas deben permear cualquier procedimiento que tenga vocación de afectar sus derechos¹⁶¹.

¹⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-059 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁵⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵⁹ Cfr. Sentencia C-059 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶¹ "Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos". Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.



Ante la afectación que podrían sufrir los derechos de las víctimas frente a los importantes efectos jurídicos producidos por un preacuerdo o negociación contrario a sus intereses¹⁶², se considera que la Corte Constitucional debe declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 109 y 110 de la Ley 1765, en igual sentido que declaró, en la sentencia C-516 de 2007, la exequibilidad condicionada de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004.

La imposibilidad de que las víctimas participen en este tipo de mecanismos de terminación anticipada, en los procesos ante la justicia penal militar, generaría la vulneración y/o puesta en peligro de sus derechos. Adicionalmente, el Estado estaría incumpliendo su obligación internacional de armonizar el sistema jurídico en beneficio de los derechos¹⁶³, en este caso, de las víctimas, en los procesos adelantados por la jurisdicción penal militar.

3. No es posible alegar la existencia de cosa juzgada material frente a los artículos 132 y 137 numeral 4 de la Ley 1407 de 2010, al no haberse acreditado la identidad de contexto entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción penal ordinaria.

3.1. Análisis de los requisitos generales de procedibilidad.

Para la Fiscalía General de la Nación, los demandantes cumplieron con los requisitos de forma que exige la ley y la jurisprudencia constitucional, en lo que tiene que ver con el cargo denominado “Violación de los derechos de las víctimas en los contenidos de los artículos 294, 298 y 299 Ley 1407 de 2010. Existencia de cosa juzgada constitucional”¹⁶⁴, salvo en lo relacionado con el requisito de suficiencia. Al respecto, se considera que la acreditación de los distintos requisitos que exige la aceptación del fenómeno de cosa juzgada constitucional respecto de la demanda de una norma, debe ser exigente, por cuanto su configuración significa la expulsión de la misma del ordenamiento jurídico.

¹⁶²“(…) los mecanismos de negociación no están fundados en la aplicación de un principio dispositivo sobre la acción penal, sino en el consenso y en la disposición sobre algunos aspectos de la imputación, de sus consecuencias, y de las etapas del procedimiento, su aplicación conlleva a decisiones con enorme impacto sobre el derecho de las víctimas”. Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶³ Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 2, establece: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legales o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

¹⁶⁴ Folio 106 del escrito de demanda.



Los argumentos de los demandantes aunque claros se quedan cortos para acreditar el centro del asunto, que es la identidad para ellos existente entre las dos jurisdicciones, pues los demás requisitos resultan casi obvios, producto de una simple consulta a las normas objeto de estudio.

3.2. Análisis de fondo.

3.2.1. Los demandantes alegan la existencia de cosa juzgada material respecto de los artículos 132 y 137 numeral 4 del Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, los cuales corresponden en su totalidad a la redacción original de los artículos 294 y 299 de la Ley 906 de 2004, respectivamente.

Respecto de los mencionados artículos del Código de Procedimiento Penal existe un pronunciamiento de constitucionalidad, el cual decidió, “[d]eclarar INEXEQUIBLES las siguientes expresiones y segmentos normativos de la Ley 906 de 2004: “si el interés de la justicia lo exigiere” del artículo 11 literal h); “directa” de los incisos primero y segundo del artículo 92; **“directo” del artículo 132**; el inciso segundo del artículo 102; y el numeral 4º del artículo 137¹⁶⁵” (negrilla fuera de texto).

La Carta Política en su artículo 243 determina que, “[l]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”, estableciendo así el mencionado principio constitucional¹⁶⁶, que no en pocas veces ha sido objeto de estudio por el Tribunal Constitucional, produciendo una delimitación y categorización propia.

La alegada cosa juzgada material efectivamente hace parte de una de las categorías en las cuales se enmarca el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, que “(...) se presenta cuando existen dos disposiciones distintas que tienen identidad de contenido normativo y en relación con una de ellas ya ha habido previamente un juicio de constitucionalidad por parte de esta Corporación”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶⁶ “La cosa juzgada constitucional es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. La cosa juzgada impide que el juez constitucional vuelva a decidir sobre lo resuelto, y prohíbe al legislador reproducir el contenido material de una norma declarada inexecutable mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron de fundamento para tal declaración (artículo 243 superior)”. Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt

¹⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.



La jurisprudencia constitucional enmarca la existencia de cosa juzgada material bajo dos hipótesis. Así, ante la presunta existencia de la situación que relata el artículo 243 Superior, se presenta la necesidad de evaluar si la disposición ya estudiada por la Corte Constitucional fue declarada exequible o inexecutable, pues cada escenario trae consigo unos requisitos propios, que requieren ser acreditados para poder determinar la existencia de cosa juzgada material, y que generan consecuencias jurídicas distintas.

La Corte Constitucional ha señalado que cuando se estudia este fenómeno respecto de una sentencia de exequibilidad, se “produce como regla general la imposibilidad para la Corte Constitucional de pronunciarse sobre la materia previamente resuelta, ya que puede conducir a providencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico, o alteren la confianza legítima de los administrados en la aplicación de la Constitución, o vulneren el principio de la igualdad”¹⁶⁸. De igual forma ha precisado que cuando se encuentra ante una sentencia de inexecutable, los efectos son distintos por las siguientes razones:

“Cuando este Tribunal se enfrenta a una disposición que reproduce el contenido normativo de otra que fue previamente declarada inexecutable por razones de fondo, por regla general, le compete a esta Corporación decretar la inconstitucionalidad de la nueva norma objeto de análisis, por desconocer el mandato previsto en el inciso 2º del artículo 243 de la Constitución Política¹⁶⁹”.

Para efectos del estudio del cargo propuesto por los demandantes, es necesario tener en cuenta que se alega la existencia de cosa juzgada material respecto de dos disposiciones con declaratoria de inexecutable, para lo cual resulta necesario realizar un análisis de los requisitos que ha dispuesto la Corte Constitucional para determinar que efectivamente se encuentra ante una cosa juzgada material, en la hipótesis mencionada.

3.2.2. A continuación se mencionan los requisitos¹⁷⁰ extraídos de la sentencia C-073 de 2011, realizando además un análisis de la situación jurídica y contextual que envuelve a los artículos inmersos en el juicio de constitucionalidad, respecto de los cuales los accionantes alegan la existencia de cosa juzgada material.

¹⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-774/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

¹⁷⁰ Véase también: Corte Constitucional, Sentencia C-373 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla



(i) *Que una norma haya sido declarada inexecutable.*

Tal y como se puede ver en el escrito de demanda, efectivamente en la sentencia C-516 de 2007 la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “directo” contenida en el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, y de igual forma considero inexecutable el numeral 4 del artículo 137 de la misma Ley.

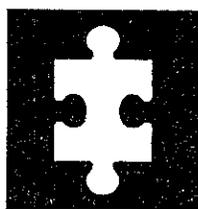
(ii) *Que se trate de un mismo sentido normativo, esto es, que el contenido material del texto examinado sea similar a aquél que fue declarado inexecutable por razones de fondo, teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se inscribe la norma examinada, ya que su significado y sus alcances jurídicos pueden variar si el contexto es diferente.*

Como se desprende de la lectura de este requisito, en él se deben tener en cuenta dos aspectos específicamente. En primer lugar, debe existir un mismo sentido normativo, una similitud entre los textos. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el contexto en el cual se encuentra cada una de las normas.

Respecto del primer aspecto se tiene que existe similitud entre los dos textos, así:

LEY 906 DE 2004	LEY 1407 DE 2010
<p>Artículo 132. Víctimas.</p> <p>Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo¹⁷¹ como consecuencia del injusto.</p> <p>La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia</p>	<p>Artículo 294. Víctimas.</p> <p>Se entiende por víctimas, para efectos de este Código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.</p>

¹⁷¹ Esta expresión fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-516 de 2007.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

de una relación familiar con este.	
Artículo 137. Intervención de las víctimas en la actuación penal. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 4. En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo. ¹⁷²	Artículo 299. Intervención de las víctimas en la actuación penal. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 4. En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo.

Frente al segundo aspecto del requisito, es decir, *teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se inscribe la norma examinada, ya que su significado y sus alcances jurídicos pueden variar si el contexto es diferente*, considera la Fiscalía General de la Nación que no existe identidad entre los contextos a los que se circunscribe cada una de las normas.

Evidentemente, el texto ha sido reproducido en su totalidad, trasladando los artículos de la Ley 906 de 2004 a la Ley 1407 de 2010. Sin embargo, resulta importante tener en cuenta la naturaleza propia de la jurisdicción penal militar, que aunque en su estructura comparte figuras propias del sistema penal acusatorio, y del sistema penal en general, ello no significa necesariamente que sean jurisdicciones iguales.

La existencia de una Justicia Penal Militar no es capricho del legislador, tal y como lo determina el Código Penal Militar en su artículo 1, el fuero militar fue pensado para aplicarse en ocasión a “los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el

¹⁷² Este numeral fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-516 de 2007.



mismo servicio”. Así mismo, ha establecido la Corte Constitucional que el Código Penal Militar:

“(...) capta conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial”¹⁷³.

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal determina el límite de aplicación de la jurisdicción penal ordinaria, al mencionar que “es única y nacional”¹⁷⁴, “[c]orresponden a la jurisdicción penal la persecución y el juzgamiento de los delitos cometidos en el territorio nacional (...)”¹⁷⁵, “[s]e exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”¹⁷⁶.

Así entonces, la jurisdicción penal militar es una excepción a la jurisdicción penal ordinaria:

“La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la Justicia Penal Militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública”¹⁷⁷.

Lo anterior, significa entonces que el sujeto activo siempre tendrá que ser un miembro de la Fuerza Pública, quien al tener la posibilidad de hacer uso de la fuerza en forma legítima, se encuentra adscrito a un sistema que goza de un andamiaje diferente, de una estructura de funcionamiento en sobremanera especial. Como consecuencia -los miembros de la Fuerza Pública tienen un régimen de responsabilidad distinto, pues sus deberes y funciones giran en torno a la realización de tareas otorgadas por la

¹⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-1184 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁷⁴ Código de Procedimiento Penal, artículo 28.

¹⁷⁵ Código de Procedimiento Penal, artículo 29.

¹⁷⁶ Código de Procedimiento Penal, artículo 30.

¹⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Constitución, “[l]a legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial¹⁷⁸”.

Por lo tanto, las conductas reprochables que generan responsabilidad en la Justicia Penal Militar son diferentes a las que producen reproche en el sistema penal ordinario. Su tipificación y contenido es distinto y ha sido lo entendió la Corte Constitucional al estudiar la omisión contenida en un artículo del Código Penal, Ley 599 de 2000:

“Queda así establecido que la omisión contenida en el artículo 424 de la Ley 599 de 2000, no puede enmarcarse dentro de lo estipulado en el artículo 186 del Capítulo IV de la Ley 522 de 1999¹⁷⁹, ni en aquellas que apuntan a la insubordinación o a la desobediencia, pues al dar lectura a las referidas normas se constata que en los tipos especiales de este último estatuto se fijan comportamientos con mayor riqueza descriptiva, como quiera que comprenden elementos inherentes o propios del servicio que brinda la fuerza pública. Pretender entonces enmarcar la omisión del Código Penal en su homólogo especial conllevaría la impunidad de muchos comportamientos que no se puedan tipificar bajo los parámetros allí contenidos, máxime cuando no se cumpla con los requisitos objetivo y funcional del fuero¹⁸⁰”.

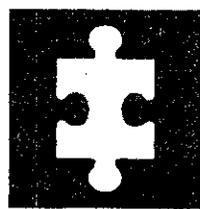
Por último, en sentencia de 2007 el Tribunal Constitucional determinó algunas características propias de la estructuración y funcionamiento de la Justicia Penal Militar, para efectos del análisis actual se enuncian las siguientes:

“(…) (ii)[L]a finalidad esencial del fuero militar es que, dentro de los marcos de la Constitución, los miembros de la Fuerza Pública estén cubiertos en sus actividades de servicio por un régimen jurídico penal especial, tanto sustantivo como procedimental, que sea acorde con la especificidad de la organización y funcionamiento de la Fuerza Pública; (…) (v) a pesar de que la Justicia Penal Militar no forma parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial ella administra justicia

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ La Ley 522 de 1999 fue derogada por la Ley 1407 de 2010.

¹⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-1184 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

respecto de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, debe aceptarse que todas aquellas garantías y principios que conforman la noción de debido proceso, resultan igualmente aplicables en esta jurisdicción especial; (...) (ix) lo que ha hecho el constituyente con la Justicia Penal Militar no es configurarla como una jurisdicción especial dentro de la administración de justicia, tal como lo ha hecho con la jurisdicción indígena o con los jueces de paz, sino tener en cuenta las particularidades implícitas en los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio y concebir, en la estructura de ella, un ámbito funcional legitimado para conocer de tales delitos; (...) (xii) **aunque en los fundamentos esenciales de la administración de justicia las garantías constitucionales deben respetarse con la misma intensidad, nada impide que en otros campos, en donde las diferencias entre la Jurisdicción Penal Militar y la ordinaria son relevantes, el legislador disponga regulaciones diferentes; y (xiii) la jurisprudencia ha señalado que la identidad entre la jurisdicción penal militar y la justicia penal ordinaria no es plena y que, en cambio, entre ambas jurisdicciones existen distinciones profundas que obligan al legislador a conferir un trato abiertamente diferenciado**¹⁸¹ (negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, aun cuando el tema es el mismo, las víctimas y su participación en el proceso, por los argumentos expuestos, no puede considerarse que por haberse considerado inconstitucionales los apartes señalados por los demandantes en ocasión a su estudio en el marco de la jurisdicción penal ordinaria, exista la figura de cosa juzgada material, pues como se ha mencionado respecto de este requisito no existe identidad de contexto entre los dos regímenes de administración de justicia.

(iii) Que el texto legal, supuestamente reproducido, haya sido declarado inconstitucional por "razones de fondo", lo cual hace necesario analizar la ratio decidendi del fallo anterior.

Respecto del artículo 132 de la Ley 906 de 2004, consideró la Corte Constitucional que el legislador al establecer que el daño sea "directo" para poder acreditar la calidad de víctima en el marco de un proceso penal, vulneró los derechos de las víctimas pues ese requisito requiere una calificación del daño, evaluación que se produce al momento de determinar la responsabilidad, aspecto que se genera una vez se ha

¹⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia C-928 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.



iniciado y adelantado el proceso, lo cual vulneraría los derechos de las víctimas a intervenir y gozar de un recurso judicial efectivo¹⁸².

En cuanto al artículo 137, el Tribunal Constitucional declaró como inconstitucional el numeral 4 del artículo, toda vez que limitaba el derecho de postulación de las víctimas, medida que resultaba desproporcionada en comparación con la garantía que significaba no limitar la cantidad de apoderados que las representara en el proceso¹⁸³.

(iv) Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de referencia en la sentencia anterior de la Corte.

Como se mencionó al estudiar lo concerniente a la participación de las víctimas en las negociaciones y los preacuerdos, el derecho que le asiste a las víctimas de gozar de un recurso judicial efectivo, y las garantías que la protección de este derecho generan, han sido reconocidas en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional y por organismos internacionales.

Así los artículos 29 y 229 subsisten como la base de los derechos de las víctimas a participar en todos y cada uno de los procedimientos y procesos en los que se vean inmersas.

En conclusión, la Fiscalía General de la Nación reconoce la importancia del principio establecido en el artículo 243 Superior, en respeto a la seguridad jurídica y al principio de igualdad. Sin embargo, llama la atención sobre la importancia de acreditar los requisitos que la Corte Constitucional ha determinado para la existencia de una cosa juzgada material, pues su declaratoria significa en este caso sacar los apartes demandados del ordenamiento jurídico, por razones que se alejan de un estudio de fondo, requerido en este caso para determinar si en el régimen excepcional de la Justicia Penal Militar, caben las restricciones que imponen los artículos 294 y 299 en su numeral 4. Pues como ya se mencionó la jurisdicción ordinaria no es idéntica a la jurisdicción penal militar, por lo que el legislador se encuentra legitimado para regular los dos sistemas de manera particular, a pesar de que existan figuras y procedimientos iguales o similares.

¹⁸² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸³ Cfr. Ibídem.



4. El derecho de las víctimas a ser escuchadas dentro del proceso penal y a ser informadas sobre la aplicación del principio de oportunidad.

4.1. Análisis de requisitos generales de procedibilidad.

El presente cargo cumple con los requisitos mínimos de procedencia establecidos por la Corte Constitucional reseñados con anterioridad, por las razones que se exponen a continuación.

La argumentación planteada por los accionantes contiene una explicación lógica, congruente y coherente que permite distinguir con claridad las razones esbozadas en relación con la presunta inconstitucionalidad del artículo 298 de la Ley 1407 de 2010. Estas se refieren a la existencia de una omisión legislativa relativa, pues, según su criterio, dicha disposición, a pesar de ser una reproducción del artículo 136 de la Ley 906 de 2004, omitió incluir lo regulado en el numeral 11 de dicha norma. Según los accionantes, esta circunstancia desconoce abiertamente los derechos de las víctimas a controvertir la aplicación del principio de oportunidad y a ser escuchadas dentro del proceso penal militar.

El cargo en mención también se refiere a normas ciertas, precisas y concretas “y no simplemente [a una disposición] deducida por el actor, o implícita”. En efecto, se dirige contra el contenido cierto del artículo 298 de la Ley 1407 de 2010. Asimismo, los argumentos esbozados para sustentar la inconstitucionalidad de la norma son objetivos, es decir, no son simples inferencias o consecuencias subjetivas derivadas por los demandantes.

De igual forma, frente a este cargo los accionantes satisfacen el requisito de pertinencia. Los razonamientos que utilizan para sustentar la inexecutableidad de la norma acusada son de orden constitucional y no corresponden a situaciones de hecho, acaecimientos particulares, hechos personales, vivencias propias, sucesos reales o imaginarias, o de conveniencia.

La demanda también cumple con el requisito de especificidad, pues los cargos y los argumentos que se exponen son concretos, precisos y particulares. No plantean exposiciones vagas, indeterminadas, indirectas, abstractas y globales, que hagan imposible realizar un juicio de constitucionalidad.

Por último, los demandantes dan razones suficientes para fundamentar la supuesta omisión legislativa en la que incurrió el Congreso al expedir el



artículo acusado. Explican una a una las premisas que acreditan el cumplimiento de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para predicar una omisión de esa naturaleza, satisfaciendo la carga argumentativa exigida en estos casos.

4.2. Análisis de fondo.

Con el propósito de analizar el presente asunto, la Fiscalía considera necesario referirse a: (i) la intervención de las víctimas en la actuación penal; (ii) la obligación de las autoridades judiciales de informarle a las víctimas sus derechos; (iii) la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas; y (iv) los argumentos que sustentan la constitucionalidad condicionada del artículo 298 de la Ley 1407 de 2010.

4.2.1. La intervención de las víctimas en la actuación penal¹⁸⁴.

Según se mencionó con anterioridad, como resultado de una concepción de política criminal respetuosa de los derechos de los sujetos e intervinientes en el proceso¹⁸⁵ y de la necesidad de asegurar la vigencia del estado democrático y la paz social, tanto el ordenamiento jurídico colombiano como diversos instrumentos internacionales han reconocido garantías a favor de las víctimas de los delitos. Concretamente se les han reconocido los derechos a la verdad¹⁸⁶, a la justicia¹⁸⁷ y a la reparación¹⁸⁸, a partir de los cuales se derivan otros de carácter sustancial y procesal.

En el ámbito del proceso penal acusatorio esas prerrogativas se han reflejado en derechos procesales a través de los cuales se les ha dado un rol importante a las víctimas. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-209 de 2007, se pronunció al respecto en los siguientes términos:

¹⁸⁴ Se aclara que la presente argumentación fue expuesta por la Fiscalía General de la Nación en la intervención radicada ante la Corte Constitucional dentro del Expediente D-11065 [Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 459 (parcial), 472 (parcial) y 478 (parcial) de la Ley 906 de 2004].

¹⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸⁶ Respecto del derecho a la verdad, ver la definición a la que se hizo referencia en la sección 3.2.2 de esta intervención, tomada de la Sentencia C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸⁷ Respecto del derecho a la justicia, ver la definición a la que se hizo referencia en la sección 3.2.2 de esta intervención, tomada de la Sentencia C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸⁸ Respecto del derecho a la reparación, ver la definición a la que se hizo referencia en la sección 3.2.2 de esta intervención, tomada de la Sentencia C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



“De lo anterior se concluye que la víctima del delito no es un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía, **sino un interviniente activo, constitucionalmente legitimado para hacer valer sus derechos dentro del proceso penal** instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004.

Se resalta, no obstante, que los derechos específicos que se le reconocen a la víctima no le quitan su carácter de interviniente, sino que la proyectan como una figura especial en las distintas etapas del proceso penal de tendencia acusatoria, para que haga valer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral.

(...)

Como se advirtió anteriormente, la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) **el derecho a ser oídas**; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria”¹⁸⁹ (negritas fuera de texto).

De lo anterior se infiere que, según la jurisprudencia constitucional, las víctimas son intervinientes activos a los que se les han reconocido garantías procesales y que están constitucionalmente legitimados para actuar dentro de la actuación penal, a partir de lo cual se ha destacado el papel central que tienen a lo largo de todo el proceso.

4.2.2. Obligación de informarle a las víctimas sus derechos.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-454 de 2006, estudió entre otros asuntos, la constitucionalidad del artículo 135 de la Ley 906 de 2004, que establece la obligación del fiscal de informar a la víctima sus derechos desde el primer momento en que intervengan en el proceso. En esta providencia concluyó que se viola el derecho al acceso a la justicia,

¹⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



si la garantía de comunicación a la víctima se limita al momento en que interviene en la actuación penal (no es necesaria una intervención en “sentido procesal”). Para que dicha prerrogativa sea plena, “debe producirse desde el momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación”¹⁹⁰, pues de lo contrario pueden verse comprometidos sus derechos a la justicia y a la reparación. En palabras de la Corte:

“Es evidente en consecuencia, que exista un claro interés de las víctimas y perjudicados con la conducta investigada de acceder a la indagación desde sus inicios, a efectos de contribuir positivamente al recaudo del material que dará soporte a la imputación y la acusación, eventos perfectamente compatibles con sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. (...) **La garantía de comunicación de los derechos de las víctimas no se satisface a plenitud, si se produce sólo al momento en que se produce ‘su intervención’, la misma, para que sea plena, debe producirse desde el momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación (...)**”¹⁹¹.
(negrillas fuera de texto).

En esa oportunidad, el Alto Tribunal también aclaró que los derechos que se deben comunicar a las víctimas no son sólo los relacionados con la indemnización monetaria, sino todo lo concerniente “a las facultades y poderes procesales que se derivan de su derecho a conocer la verdad y a que se haga justicia”¹⁹².

Tomando en consideración los anteriores argumentos, la Corte declaró exequible condicionadamente el artículo 135 de la Ley 906 de 2004, en el entendido “que la garantía de comunicación a la víctima de sus derechos, se realizará desde el momento mismo en que ésta entre en contacto con las autoridades de investigación penal, **y que la misma debe referirse a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de que es titular**” (negrillas fuera de texto).

¹⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁹² *Ibídem*.



4.2.3. Trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito.

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política (artículo 250 Superior) y la ley (artículo 323 del Código de Procedimiento Penal), la Fiscalía General de la Nación tiene la posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en ciertos casos, a pesar de estar en presencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones legalmente establecidas.

La Corte Constitucional, en aplicación del anterior principio, ha precisado que las víctimas tienen derecho de recurrir la providencia mediante la cual se decide la aplicación del principio de oportunidad. Sobre el particular, en la Sentencia C-209 de 2007, indicó:

“(...) Dada la trascendencia que tiene la aplicación del principio de oportunidad en los derechos de las víctimas del delito, impedir que éstas puedan impugnar la renuncia del Estado a la persecución penal, sí deja desprotegidos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Si bien la satisfacción de los derechos de la víctima no sólo se logra a través de una condena, la efectividad de esos derechos sí depende de que la víctima tenga la oportunidad de impugnar las decisiones fundamentales que afectan sus derechos. Por lo tanto, impedir la impugnación de la decisión del juez de garantías en este evento resulta incompatible con la Constitución¹⁹³” (negritas fuera de texto).

En la misma decisión, el Alto Tribunal resaltó la obligación que tiene el fiscal del caso de manifestar expresamente la forma en que valoró los intereses de las víctimas, con el propósito de que éstas puedan hacer un control de dichas motivaciones. Al respecto, la Corte sostuvo lo siguiente:

“(...) En relación con la expresión ‘intereses’, observa la Corte que ésta no se circunscribe al eventual interés económico de la

¹⁹³ Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



víctima que busca la reparación del daño causado por el delito. Como quiera que la víctima acude al proceso penal para obtener la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y así se reconoce en la misma Ley 906 de 2004, la expresión se refiere en realidad a los derechos de las víctimas, **por lo que al aplicar el principio de oportunidad el Fiscal deberá considerar tales derechos integralmente, no un mero interés económico. Adicionalmente, precisa la Corte que la locución 'tener en cuenta' significa valorar de manera expresa los derechos de las víctimas, a fin de que ésta pueda controlar esa decisión ante el juez de control de garantías y tenga fundamento material para apelar la decisión del juez que estime lesiva de sus derechos (...)**¹⁹⁴.

Así las cosas, es posible concluir que el ejercicio del principio de oportunidad debe consultar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Concretamente, las víctimas tienen derecho a que sus intereses sean ponderados a la hora de aplicar el principio de oportunidad¹⁹⁵.

4.2.4. Conclusiones.

Tomando en consideración la jurisprudencia constitucional y las normas precitadas, a continuación se exponen los argumentos que sustentan la postura de la Fiscalía General de la Nación en relación con este cargo:

(i) Según lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley 1765 de 2015, y con fundamento en el artículo 250 Superior, el Fiscal Penal Militar y Policial deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas cuando aplique el principio de oportunidad, para lo cual deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.

(ii) Sin embargo, al respecto existen algunas deficiencias en lo dispuesto en el artículo 298 de la Ley 1407 de 2010 (norma demandada por los

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C-180 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos; y Sentencia C-177 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.



accionantes), sobre el derecho a la información de la persona que demuestre sumariamente su calidad de víctima. La disposición acusada enumera 12 casos en los cuales la Fiscalía General Penal Militar debe cumplir esa obligación, pero omite ordenar que se informe a las víctimas sobre la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad **y a ser escuchadas por la Fiscalía y el juez.**

(iii) Es evidente que la referida omisión desconoce el mandato consagrado en el artículo 250 mencionado, la jurisprudencia constitucional precitada y en el artículo 118 de la Ley 1765 de 2015. Las víctimas de un delito deben ser informadas de sus derechos desde el primer momento en que tomen contacto con los investigadores y específicamente cuando se trata de aplicar el principio de oportunidad, y con ello suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en ciertos casos. Tales circunstancias indudablemente pueden perjudicar los derechos de las víctimas, lo cual justifica su intervención.

(iv) El numeral 11 del artículo 136 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), dispone que la Policía Judicial y la Fiscalía General de la Nación le suministrará a quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, información acerca de la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, entre otros temas. Así mismo, la citada norma establece que las víctimas deberán ser escuchadas por la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías, cuando haya lugar a ello.

Tal como se ha mencionado en apartes anteriores, uno de los propósitos de la Ley 1765 de 2015, que reforma la Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar), es dictar disposiciones para el tránsito al sistema penal acusatorio. Si se compara lo establecido en el antes citado numeral 11 del artículo 136 del Código de Procedimiento Penal, con el contenido del artículo 298 (acusado) de la Ley 1407 de 2010, se concluye que se configura un trato desigual para las víctimas en el procedimiento penal militar, en lo referente al derecho a recibir información sobre la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad.

Por las razones expuestas, la Fiscalía General de la Nación le solicitará a la Corte Constitucional que declare exequible el artículo 298 de la Ley 1407 de 2010, en el entendido que la Fiscalía General Penal Militar y



Policial deberá escuchar y suministrar información relacionada con la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, a quien demuestre al menos sumariamente la calidad de víctima.

D. Cargo cuarto. Presunta vulneración del Artículo 250 Superior al atribuir funciones de policía judicial al Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial para la investigación de delitos de competencia de tal jurisdicción especial.

1. Análisis de los requisitos generales de procedibilidad.

La Fiscalía General de la Nación considera que el cargo expuesto por los demandantes, en relación con la presunta prohibición constitucional de atribuir funciones de policía judicial a un Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, para asuntos de competencia de tal jurisdicción especial, presenta deficiencias frente al cumplimiento de los requisitos mínimos de procedibilidad exigidos por la Corte Constitucional.

En el análisis de los cargos que anteceden a éste, esta Entidad hizo referencia a los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia exigidos por el Tribunal Constitucional para la procedencia de una acción de inconstitucionalidad. En el caso concreto del cargo que se estudia en esta sección, éste cumple con los requisitos de claridad y especificidad. Los demandantes exponen de manera comprensible su contenido y su justificación, y ésta además corresponde a una acusación de inconstitucionalidad. No obstante, frente a los requisitos de certeza, pertinencia y suficiencia, la argumentación de los accionantes presenta deficiencias.

Los demandantes señalan que la atribución de funciones de policía judicial a la fuerza pública viola una prohibición constitucional¹⁹⁶. Para sustentar esta afirmación, citan los artículos 216 a 218 de la Constitución Política, en los que se define quiénes integran a la fuerza pública (Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional). Sin embargo, no demuestran que efectivamente la Carta Política prohíba de manera

¹⁹⁶ Folios 115 y 116 del escrito de demanda.



expresa que la fuerza pública pueda contar con funciones de policía judicial para la investigación de los delitos de competencia de la justicia penal militar.

En su argumentación parten de interpretaciones propias. Por ejemplo, afirman que “las normas demandadas permiten que civiles sean investigados por militares, [lo cual va] en contra de la Constitución y de tratados ratificados por el estado colombiano”¹⁹⁷. Sin embargo, esta afirmación no es cierta, dado que la misma Ley establece que ésta no se aplicará a civiles¹⁹⁸, y tal como se expuso en el análisis del cargo segundo, la expresión “en lo pertinente” se refiere a asuntos laborales y administrativos del personal civil que trabaja en la jurisdicción penal militar.

Adicionalmente, el cargo adolece de deficiencias frente a su pertinencia. Este se centra en una serie de consideraciones subjetivas acerca de la inconveniencia de que integrantes de la fuerza pública tengan atribuciones de policía judicial, pero no desarrolla la forma en la que las normas acusadas contravienen la Constitución. Los demandantes afirman que las normas acusadas violan prohibiciones constitucionales y desconocen las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación. No obstante, no desarrollan las razones por las cuales se lesionan tales disposiciones constitucionales.

En el evento en que la Corte decida pronunciarse de fondo frente el cargo en mención, la Fiscalía General de la Nación presenta a continuación sus consideraciones de fondo frente a los problemas jurídicos planteados por los accionantes en este cargo.

2. Análisis de fondo.

Para la Fiscalía General de la Nación las disposiciones acusadas no son contrarias a la Constitución. La Carta Fundamental permite que en la justicia penal militar se ejerzan funciones de policía judicial, bajo la dirección y coordinación máxima de la Fiscalía General de la Nación, para la investigación de los asuntos de competencia de esa jurisdicción

¹⁹⁷ Folio 121 de la demanda.

¹⁹⁸ Ley 1765 de 2015, artículo 2º, inciso 2.



especial. Es decir, esta Entidad considera que algunos apartes de las normas demandadas, que se señalarán de manera específica en el último acápite de esta sección, deben ser declarados exequibles de manera condicionada, en el entendido de que en virtud del numeral 8 del artículo 250 de la Constitución, debe ser la Fiscalía General de la Nación quien tenga la dirección y coordinación máxima de las actividades de policía judicial que adelante el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, para asuntos de competencia de tal jurisdicción especial. Es importante aclarar que la dirección y coordinación máxima se refiere al ámbito funcional de las actividades de policía judicial y no a los asuntos laborales y organizativos de las mismas.

Las razones para sustentar esta afirmación pasan a exponerse y giran en torno a dos aspectos sustanciales. En primer lugar, la Fiscalía General de la Nación cuenta con expresas facultades constitucionales¹⁹⁹ y legales²⁰⁰ para ejercer la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial que cumplan los organismos que señale la ley.

En segundo lugar, no existe una prohibición constitucional respecto a la posibilidad de crear un cuerpo técnico de investigación en la justicia penal militar, que ejerza funciones de policía judicial frente a los casos que se adelanten en tal jurisdicción especial, la cual, a partir de la Ley acusada, adoptó el sistema penal acusatorio. Tampoco existe una prohibición constitucional frente a la posibilidad de que miembros de la fuerza pública (activos o en uso de buen retiro), en el marco de la

¹⁹⁹ Constitución Política, Artículo 250: "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, querrela 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 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. // En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...) 8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley. (...)" (negritas fuera de texto).

Constitución Política, Artículo 251, numeral 5º: "Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación: (...) Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación (...)"

²⁰⁰ Ley 906 de 2004, artículo 117: "La policía judicial. Los organismos que cumplan funciones de policía judicial actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual deberán acatar las instrucciones impartidas por el Fiscal General, el Vicefiscal, los fiscales en cada caso concreto, a los efectos de la investigación y el juzgamiento (...)"



competencia de la justicia penal militar, integren el citado cuerpo técnico de investigación, que tendrá competencia para los asuntos de tal jurisdicción especial.

2.1. La Fiscalía General de la Nación cuenta con expresas facultades constitucionales y legales para ejercer la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial que cumplan los organismos públicos.

Según el inciso primero del artículo 250 de la Constitución, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito, con excepción de los cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Como puede verse, esta excepción se refiere solamente al ejercicio de la acción penal y a la investigación de los hechos constitutivos de delito, más no a la función de dirección y coordinación de las policías judiciales, a la que se refiere el numeral 8 de este mismo artículo constitucional, sin hacer ningún tipo de distinción ni exclusión relativa a la jurisdicción ordinaria y a las jurisdicciones especiales. Esto se evidencia de la lectura del citado numeral, que se transcribe a continuación:

“En ejercicio de sus funciones, la Fiscalía General de la Nación, deberá:

(...)

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley”²⁰¹.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que esta función se refiere a “(...) actividades de coordinación general de las funciones de policía judicial, en el sentido de fijar criterios, pautas o parámetros sobre

²⁰¹ Constitución Política, Art. 250, num. 8.



asuntos fácticos, técnicos o jurídicos, que deban ser respetadas por los organismos que llevan a cabo tal función (...)²⁰².

Guardando coherencia con lo anterior, el numeral 5° del artículo 251 de la Constitución, faculta al Fiscal General de la Nación para otorgar atribuciones transitorias de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia de ese ente acusador, a diferentes entes públicos. Así mismo, el artículo 117 de la Ley 906 de 2004 establece que “los organismos que cumplan funciones de policía judicial actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación”, sin que se fijen exclusiones frente a las funciones de policía judicial para la investigación de los casos de competencia de la jurisdicción penal militar.

La Fiscalía General de la Nación tiene a su cargo “la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial”²⁰³. En desarrollo de estos, cuenta con facultades legales para fijar las directrices generales a las que deben atender las policías judiciales para el ejercicio de su función²⁰⁴. La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto. En la Sentencia C-873 de 2003, ese Tribunal resolvió una demanda contra una disposición del estatuto orgánico de la Fiscalía (artículo 12 del Decreto 261 de 2000), en la que se consagraba como función del Fiscal General y sus delegados dirigir y coordinar las investigaciones adelantadas por los organismos que cumplieran funciones de policía judicial²⁰⁵.

La Corte debía resolver si esas facultades violaban los principios de autonomía e independencia judicial. Al respecto el Tribunal señaló lo siguiente:

²⁰² Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰³ Ley 906 de 2004, Art. 200.

²⁰⁴ Varios artículos de la Ley 906 de 2004 le otorgan facultades reglamentarias del propio Código de Procedimiento Penal. El artículo 213, por ejemplo, establece que “la Fiscalía dispondrá de protocolos, previamente elaborados, que serán de riguroso cumplimiento, en el desarrollo de la actividad investigativa”. Por su parte el párrafo del artículo 254 determina que “el Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia”. Al respecto, ver también los artículos 330 y 523 de la Ley 906.

²⁰⁵ El texto de la norma demandada disponía “Corresponde al Fiscal General de la Nación, a los Directores de Fiscalías, a los Fiscales a quienes se les asigne la función de Jefes o Coordinadores de Unidad y demás Fiscales Delegados, dirigir y coordinar las investigaciones adelantadas por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General, por otros cuerpos de Policía Judicial, establecidos por la Constitución o las leyes y por aquellos facultados temporalmente para el ejercicio de estas funciones”.



“(…) cada fiscal tiene la potestad de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial necesarias para llevar a cabo diligentemente la detección de violaciones a la ley penal.

En consecuencia, deberá entenderse que la facultad conferida por la norma acusada al Fiscal General de la Nación se refiere únicamente a actividades de coordinación general de las funciones de policía judicial, en el sentido de fijar criterios, pautas o parámetros sobre asuntos fácticos, técnicos o jurídicos, que deban ser respetadas por los organismos que llevan a cabo tal función (….)”²⁰⁶.

En consecuencia, la Corte Constitucional declaró exequibles “las expresiones demandadas contenidas en el artículo 12 del Decreto Ley 261 de 2000, en el entendido de que cada fiscal debe dirigir y controlar en forma independiente y autónoma el desarrollo de los procesos a su cargo”. El Tribunal Constitucional reconoció que la disposición demandada autorizaba al Fiscal General para fijar pautas o parámetros sobre las actividades de policía judicial, que deben ser respetadas por los organismos que desarrollan esa función.

En sentencias posteriores, la Corte ha reiterado que el Fiscal General tiene entre sus funciones constitucionales la de dirigir y coordinar la policía judicial. En la Sentencia C-594 de 2014 indicó que las funciones de policía judicial deben desempeñarse “por servidores públicos especializados y bajo la dirección, coordinación y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, que, por mandato de la Constitución, forma parte de la rama judicial del poder público”²⁰⁷.

En el marco de las citadas funciones de dirección y coordinación, el Fiscal General de la Nación preside el Consejo Nacional de Policía Judicial. La Ley 1765 estableció que el Fiscal General de Penal Militar y Policial hará parte de ese Consejo. A continuación se exponen las funciones de ese cuerpo colegiado y las consecuencias, para el asunto objeto de estudio, que la cabeza del ente acusador de la justicia penal militar haga parte del mismo

²⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-873 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-594 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



2.1.1. Implicaciones de que el Fiscal General Penal Militar y Policial o su delegado hagan parte del Consejo Nacional de Policía Judicial.

La Ley 1765 de 2015 prevé en el artículo 23 numeral 5°, como función del Fiscal General Penal Militar y Policial “[h]acer parte del Consejo Nacional de Policía Judicial, función que podrá delegar en el Coordinador Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial”.

Concordante con lo anterior, la mencionada Ley, en el artículo 35 numeral 9° establece que el Coordinador Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial “[p]or delegación del Fiscal General Penal Militar y Policial, [podrá] hacer parte del Consejo Nacional de Policía Judicial”.

El Consejo Nacional de Policía Judicial fue creado por medio del Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, como un cuerpo asesor del Fiscal General de la Nación²⁰⁸, para los asuntos referentes a la dirección y coordinación, a su cargo, de las funciones de policía judicial. Esta es una instancia única de coordinación y concertación en la que están presentes todos los organismos del Estado que cumplen funciones de policía judicial.

Otra de las principales funciones del Consejo tiene que ver con mantener la colaboración armónica entre los distintos organismos que cumplen funciones de Policía Judicial, para una eficiente y eficaz investigación e identificación de los responsables del delito. De ahí que, desde sus inicios, el Consejo Nacional de Policía Judicial ha estado integrado por el Fiscal General de la Nación, **quien lo preside**, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la Republica, el Director General de la Policía Nacional, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad y el Director del Instituto Nacional de Medicina Legal y

²⁰⁸ De conformidad con el artículo 12 del Decreto 2699 de 1991, la facultad de reglamentar el funcionamiento del Consejo Nacional de Policía Judicial fue asignada al Fiscal General de la Nación. En virtud de dicha facultad, el Fiscal General de la Nación expidió las Resoluciones No. 000007 del 01 de julio de 1991, por la cual se reglamentó el funcionamiento del Consejo Nacional de Policía Judicial, la No. 000073 del 03 de julio de 1992, por medio de la cual se reglamentó el funcionamiento del Consejo Regional o Seccional de Policía Judicial y la No. 0-0002 del 05 de enero de 1998, por medio de la cual se creó la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Policía Judicial.



Ciencias Forenses²⁰⁹. Y ahora, en los términos de la Ley 1765 de 2015, también lo integra el Fiscal General Penal Militar y Policial.

Las funciones del Consejo Nacional de Policía Judicial se encuentran consagradas en el artículo 45 de la Ley 938 de 2004, en los siguientes términos²¹⁰:

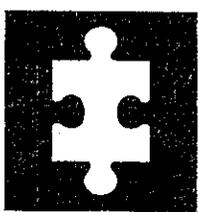
“1. Con base en la política diseñada por el Estado, analizar las necesidades globales de recursos humanos, técnicos, físicos y financieros requeridos para una eficaz y eficiente investigación e identificación de los responsables de los delitos, y establecer los compromisos que en este sentido deberán asumir las distintas entidades que lo conforman.

2. Analizar periódicamente el desarrollo de las estrategias trazadas para las distintas entidades con funciones de Policía Judicial para solucionar los problemas de coordinación que puedan surgir entre ellas.

3. Asesorar a la Fiscalía General de la Nación en el establecimiento de normas, sistemas, métodos y procedimientos que deberán seguir las distintas entidades con funciones de Policía Judicial para el desarrollo de sus objetivos.

²⁰⁹ Artículo 12 del Decreto 2699 de 1991, derogado por el artículo 79 de la Ley 938 de 2004, y el artículo 1º de la Resolución 000073 de 1992.

²¹⁰ Este artículo conserva las funciones inicialmente asignadas al Consejo mediante el Decreto 2699 de 1991, con la novedad del numeral 5º. El artículo 13 del Decreto 2699 de 1991 dispuso, como funciones del Consejo Nacional de Policía Judicial las siguientes: “1. Con base en la política diseñada por el Estado, analizar las necesidades globales de recursos humanos, técnicos, físicos y financieros requeridos para una eficaz y eficiente investigación e identificación de los responsables de los delitos, y establecer los compromisos que en este sentido deberán asumir las distintas entidades que lo conforman. 2. Analizar periódicamente el desarrollo de las estrategias trazadas para las distintas entidades con funciones de Policía Judicial para solucionar los problemas de coordinación que puedan surgir entre ellas. 3. Asesorar a la Fiscalía General de la Nación en el establecimiento de normas, sistemas, métodos y procedimientos que deberán seguir las distintas entidades con funciones de Policía Judicial para el desarrollo de sus objetivos. 4. Asesorar al Fiscal General de la Nación en la definición de competencias y responsabilidades asignadas a las diferentes entidades que conforman el Consejo Nacional de Policía Judicial, buscando el aprovechamiento de las ventajas comparativas que cada entidad tenga y la eliminación de las duplicidades y vacíos del sistema considerado como un todo”. Es importante señalar que si bien el Decreto 016 de 2014 modificó la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación, esta norma no modificó ni derogó los artículos 42 al 46 de la Ley 938 de 2004.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

4. Asesorar al Fiscal General de la Nación en la definición de competencias y responsabilidades asignadas a las diferentes entidades que conforman el Consejo Nacional de Policía Judicial, buscando el aprovechamiento de las ventajas comparativas que cada entidad tenga y la eliminación de las duplicidades y vacíos del sistema considerado como un todo.

5. Reglamentar un Registro Nacional Único de todos los asuntos que a diario conozcan los Organismos que cumplan funciones de Policía Judicial el cual se llevará en la Fiscalía General de la Nación.”

De lo anterior se concluye que es clara la intención del Legislador de que el Fiscal General Penal Militar y Policial haga parte del Consejo Nacional de Policía Judicial. De ello se derivan algunas implicaciones, dentro de las cuales se destaca que a la policía judicial de la justicia penal militar la vincula todo lo dispuesto en los artículos 42 al 46 de la Ley 938 de 2004.

El artículo 46 de la precitada Ley, señala las funciones que ejercen las entidades que tengan atribuciones de policía judicial. Sobre el particular vale la pena destacar que la norma prevé como parte de sus funciones las demás que le “sean asignadas por la ley en los términos que ella señale o por el Fiscal General y que guarden relación con la naturaleza de la función”²¹¹. Es decir, el Fiscal General de la Nación está expresamente facultado para establecer al Consejo Nacional de Policía Judicial las funciones que considere necesarias.

En conclusión, la membresía del Fiscal General Penal Militar y Policial al Consejo Nacional de Policía Judicial, implica que está bajo la coordinación del Fiscal General de la Nación, tal como los demás funcionarios que en Colombia ejercen funciones de policía judicial. Pensar lo contrario significaría que el legislador tenía una intención contraintuitiva: integrar al Fiscal General Penal Militar y Policial al Consejo Nacional de Policía Judicial, pero sin someterlo a la coordinación del Fiscal General de la Nación; si ello fuera así lo menos

²¹¹ Ley 938 de 2004, artículo 46 numeral 6°.



que se esperaría es que se hubiese consignado expresamente de esa manera en el texto de la ley.

2.2. La Constitución no prohíbe que exista un cuerpo técnico que investigue los delitos de competencia de la justicia penal militar ni que éste esté integrado por miembros de la fuerza pública (activos o en uso de buen retiro).

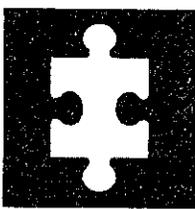
El inciso 1° del artículo 116 de la Constitución establece que la justicia penal militar administra justicia, al igual que “la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces (...)”.

Esta facultad se complementa con el artículo 221 de la misma Carta Política que establece lo siguiente:

“[d]e 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.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir (...)" (subrayado fuera del texto original)

En este sentido, se concluye que la Constitución faculta a esta jurisdicción especial para adelantar a cabalidad las investigaciones y juicios de su competencia. Para tal efecto, ninguna norma constitucional excluye la posibilidad que esta jurisdicción especial cuente con su propia policía judicial para tales efectos. Por el contrario, en el texto constitucional existen menciones expresas a esta policía (Artículo 221 Superior, inciso 4). En el mismo sentido, ninguna norma constitucional prohíbe que miembros activos de la fuerza pública, o en uso de buen retiro, hagan parte del citado Cuerpo Técnico de Investigación de la justicia penal militar, para adelantar las investigaciones de competencia de esta jurisdicción especial.

2.3. Conclusiones.

De acuerdo con los argumentos antes expuestos, la Fiscalía General de la Nación considera que resulta acorde con la Constitución la creación y conformación de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, cuya competencia está a su vez definida por la competencia de tal jurisdicción especial.

Así mismo, en atención a las consideraciones antes expuestas, esta Entidad le solicita respetuosamente al Alto Tribunal Constitucional que declare la constitucionalidad condicionada de los siguientes apartes normativos, en el entendido que, de acuerdo con numeral 8 del artículo 250 de la Constitución, debe ser la Fiscalía General de la Nación la



encargada máxima de dirigir y coordinar las actividades de policía judicial adelantadas por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, en los procesos de competencia de tal jurisdicción especial. Los apartes frente a los que respetuosamente se solicita la declaratoria de su constitucionalidad condicionada, y por los cargos estudiados, son los siguientes:

1. La función establecida en el último inciso del artículo 20 de la Ley 1765 de 2015²¹², a cargo de la Fiscalía General Penal Militar y Policial, es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.
2. La función establecida en el numeral 4° del artículo 23 de la Ley 1765 de 2015²¹³, a cargo del Fiscal General Penal Militar y Policial, es exequible en el entendido que la coordinación con otros organismos que ejerzan funciones de policía judicial la hará a través de la Fiscalía General de la Nación y no directamente con tales entidades.
3. La función establecida en el numeral 10 del artículo 23 de la Ley 1765 de 2015²¹⁴, a cargo del Fiscal General Penal Militar y Policial es exequible en el entendido que los reglamentos, órdenes, circulares y manuales de procedimiento y de normas técnicas que expida cumplirán con los lineamientos y protocolos establecidos por la Fiscalía General de la Nación para las policías judiciales.

²¹² Ley 1765 de 2015, Art. 20: "(...) Corresponde a la Fiscalía General Penal Militar y Policial, en desarrollo de atribuciones constitucionales y legales, la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial en los términos previstos en el Código Penal Militar"

²¹³ Ley 1765 de 2015, Art. 23, Num 4: "(...) Coordinar con otros organismos que ejerzan funciones de policía judicial, la definición e implementación de mecanismos que racionalicen y eviten la duplicidad de esfuerzos en el desarrollo de las investigaciones"

²¹⁴ Ley 1765 de 2015, Art. 23, Num 10: "(...) Expedir los reglamentos, órdenes, circulares y manuales de procedimiento y de normas técnicas conducentes al eficaz desempeño de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, en materias de su competencia"



4. La función establecida en el numeral 2° del artículo 30 de la Ley 1765 de 2015²¹⁵, a cargo de la Fiscalía General Penal Militar y Policial, es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.
5. La función establecida en el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 1765 de 2015²¹⁶, a cargo de los fiscales penales militares y policiales es exequible en el entendido que para asegurar los elementos materiales probatorios o evidencia física se seguirán los protocolos establecidos por la Fiscalía General de la Nación.
6. La función establecida en el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 1765 de 2015²¹⁷, a cargo de los fiscales penales militares y policiales es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.
7. La función establecida en el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 1765 de 2015²¹⁸, a cargo del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial de ese Cuerpo Técnico de Investigación las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.

²¹⁵ Ley 1765 de 2015, Art. 30, Num. 2: "Adelantar, bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación y previa autorización del Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y poner a su disposición los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos, para su control de legalidad dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes".

²¹⁶ Ley 1765 de 2015, Art. 30, Num. 3: "Asegurar en cada caso particular, bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización del Juez Penal Militar y Policial de Garantías para poder proceder a ello".

²¹⁷ Ley 1765 de 2015, Art. 30, Num. 4: "Dirigir, coordinar y controlar en cada caso particular las actividades de policía judicial que en forma permanente ejerce el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial y los demás organismos de policía judicial que señale la ley".

²¹⁸ Ley 1765 de 2015, Art. 33, Num. 1: "Ejercer funciones de policía judicial en la Justicia Penal Militar y Policial".



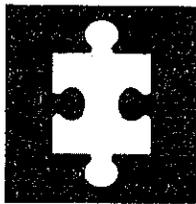
8. La función establecida en el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 1765 de 2015²¹⁹, a cargo del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial de ese Cuerpo Técnico de Investigación las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.
9. La función establecida en el artículo 39 de la Ley 1765 de 2015²²⁰, a cargo del Fiscal Penal Militar y Policial Delegado, es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial en las instituciones del Estado las ejerce la Fiscalía General de la Nación. Si bien esta norma no fue demandada por los accionantes, atendiendo a su contenido y a los argumentos expuestos, resulta relevante que la Corte realice una integración normativa frente a ésta.
10. El objeto del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, regulado en el artículo 42 de la Ley 1765 de 2015²²¹, es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial de ese Cuerpo Técnico de Investigación las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.

Se debe resaltar que la membresía del Fiscal General Penal Militar y Policial al Consejo Nacional de Policía Judicial, establecida por el Legislador, implica que está bajo la coordinación del Fiscal General de la Nación, tal como todos los demás funcionarios públicos que ejercen funciones de policía judicial. Sería contraintuitivo que el Legislador

²¹⁹ Ley 1765 de 2015, Art. 33, Num. 5: "Dar cumplimiento de conformidad con las normas vigentes a las órdenes de captura, allanamiento, intervención telefónica, registro de correspondencia, vigilancia electrónica y demás actuaciones inherentes requeridas en las investigaciones que se adelanten, previa decisión judicial del Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías o disposición del Fiscal Penal Militar y Policial Delegado en los casos que determine la ley".

²²⁰ Ley 1765 de 2015, Art. 39: "Los organismos que ejerzan de manera permanente o transitoria funciones de policía judicial en otras instituciones del Estado, deberán apoyar cuando sea necesario las investigaciones de la Justicia Penal Militar y Policial. En estos casos, la dirección y control de la investigación será del Fiscal Penal Militar y Policial Delegado".

²²¹ Ley 1765 de 2015, Art. 42: "El Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial es una dependencia especializada de la Fiscalía General Penal Militar y Policial que tiene por objeto desarrollar la investigación judicial, criminalística, criminológica y el manejo de la información, orientada a brindar apoyo a la administración de la Justicia Penal Militar y Policial en los casos de su competencia, incluyendo las investigaciones que se adelanten en vigencia de la Ley 522 de 1999".



FISCALÍA
GÉNERAL DE LA NACIÓN

hubiere establecido la membresía del Fiscal General Penal Militar y Policial al citado Consejo Nacional pero excluido de la coordinación del Fiscal General de la Nación. De ser así, se esperaría que al menos se hubiere consignado expresamente en el texto de la ley.

III. SOLICITUD.

Con fundamento en los argumentos expuestos en esta intervención, la Fiscalía General de la Nación le solicita a la Corte Constitucional que:

(i) **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 2 de la Ley 1765 de 2015, por los cargos analizados y en el entendido que la expresión “en lo pertinente”, se refiere a asuntos de carácter laboral y administrativo, aplicables a los miembros de la fuerza pública en retiro y a personal civil o no uniformado que desempeñen cargos en la justicia penal militar y policial.

(ii) **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de los artículos 8 y 9 de la Ley 1765 de 2015, por los cargos analizados y en el entendido que el ejercicio de la competencia asignada está regulada por el Código Penal Militar y por las reglas establecidas por la Corte Constitucional frente a la justicia penal militar.

(iii) **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de los siguientes apartes normativos, en el entendido que debe ser la Fiscalía General de la Nación la encargada máxima de dirigir y coordinar las actividades de policía judicial adelantadas por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, en los procesos de competencia de tal jurisdicción especial:

1. La función establecida en el último inciso del artículo 20 de la Ley 1765 de 2015²²², a cargo de la Fiscalía General Penal Militar y Policial, es exequible en el entendido que la dirección y

²²² Ley 1765 de 2015, Art. 20: “(...) Corresponde a la Fiscalía General Penal Militar y Policial, en desarrollo de atribuciones constitucionales y legales, la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial en los términos previstos en el Código Penal Militar”



coordinación máxima de las funciones de policía judicial del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.

2. La función establecida en el numeral 4° del artículo 23 de la Ley 1765 de 2015²²³, a cargo del Fiscal General Penal Militar y Policial, es exequible en el entendido que la coordinación con otros organismos que ejerzan funciones de policía judicial la hará a través de la Fiscalía General de la Nación y no directamente con tales entidades.

3. La función establecida en el numeral 10 del artículo 23 de la Ley 1765 de 2015²²⁴, a cargo del Fiscal General Penal Militar y Policial es exequible en el entendido que los reglamentos, órdenes, circulares y manuales de procedimiento y de normas técnicas que expida cumplirán con los lineamientos y protocolos establecidos por la Fiscalía General de la Nación para las policías judiciales.

4. La función establecida en el numeral 2° del artículo 30 de la Ley 1765 de 2015²²⁵, a cargo de la Fiscalía General Penal Militar y Policial, es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.

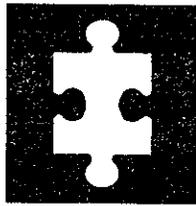
5. La función establecida en el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 1765 de 2015²²⁶, a cargo de los fiscales penales militares y

²²³ Ley 1765 de 2015, Art. 23, Num. 4:“(…) Coordinar con otros organismos que ejerzan funciones de policía judicial, la definición e implementación de mecanismos que racionalicen y eviten la duplicidad de esfuerzos en el desarrollo de las investigaciones”.

²²⁴ Ley 1765 de 2015, Art. 23, Num. 10:“(…) Expedir los reglamentos, órdenes, circulares y manuales de procedimiento y de normas técnicas conducentes al eficaz desempeño de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, en materias de su competencia”.

²²⁵ Ley 1765 de 2015, Art. 30, Num. 2: “Adelantar, bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación y previa autorización del Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y poner a su disposición los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos, para su control de legalidad dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes”.

²²⁶ Ley 1765 de 2015, Art. 30, Num. 3: “Asegurar en cada caso particular, bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

policiales es exequible en el entendido que para asegurar los elementos materiales probatorios o evidencia física se seguirán los protocolos establecidos por la Fiscalía General de la Nación.

6. La función establecida en el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 1765 de 2015²²⁷, a cargo de los fiscales penales militares y policiales es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.

7. La función establecida en el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 1765 de 2015²²⁸, a cargo del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial de ese Cuerpo Técnico de Investigación las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.

8. La función establecida en el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 1765 de 2015²²⁹, a cargo del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial de ese Cuerpo Técnico de Investigación las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.

9. La función establecida en el artículo 39 de la Ley 1765 de 2015²³⁰, a cargo del Fiscal Penal Militar y Policial Delegado, es

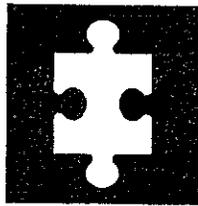
medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización del Juez Penal Militar y Policial de Garantías para poder proceder a ello”.

²²⁷ Ley 1765 de 2015, Art. 30, Num. 4: “Dirigir, coordinar y controlar en cada caso particular las actividades de policía judicial que en forma permanente ejerce el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial y los demás organismos de policía judicial que señale la ley”.

²²⁸ Ley 1765 de 2015, Art. 33, Num. 1: “Ejercer funciones de policía judicial en la Justicia Penal Militar y Policial”.

²²⁹ Ley 1765 de 2015, Art. 33, Num. 5: “Dar cumplimiento de conformidad con las normas vigentes a las órdenes de captura, allanamiento, intervención telefónica, registro de correspondencia, vigilancia electrónica y demás actuaciones inherentes requeridas en las investigaciones que se adelanten, previa decisión judicial del Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías o disposición del Fiscal Penal Militar y Policial Delegado en los casos que determine la ley”.

²³⁰ Ley 1765 de 2015, Art. 39: “Los organismos que ejerzan de manera permanente o transitoria funciones de policía judicial en otras instituciones del Estado, deberán apoyar cuando sea necesario las investigaciones de la Justicia Penal Militar y Policial. En estos casos, la dirección y control de la investigación será del Fiscal Penal Militar y Policial Delegado”.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial en las instituciones del Estado las ejerce la Fiscalía General de la Nación. Si bien esta norma no fue demandada por los accionantes, atendiendo a su contenido y a los argumentos expuestos, resulta relevante que la Corte realice una integración normativa frente a ésta.

10. El objeto del Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, regulado en el artículo 42 de la Ley 1765 de 2015²³¹, es exequible en el entendido que la dirección y coordinación máxima de las funciones de policía judicial de ese Cuerpo Técnico de Investigación las ejercerá la Fiscalía General de la Nación.

(iv) **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de los artículos 109 y 110 de la Ley 1765 de 2015, por los cargos analizados y en el entendido que las víctimas pueden intervenir activamente en los preacuerdos y negociaciones que se lleven a cabo en el marco de los procesos adelantados en la justicia penal militar, con el fin de que se respeten las garantías judiciales de las víctimas en estos procesos.

(v) **DECLARE EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, los artículos 294 y 299 de la Ley 1407 de 2010, por la falta de acreditación por parte de los demandantes de la totalidad de los requisitos que exige la Corte Constitucional para declarar la existencia de una cosa juzgada material.

(vi) **DECLARE LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 298 de la Ley 1407 de 2010, por los cargos analizados y en el entendido que la Fiscalía General Penal Militar y Policial deberá escuchar y suministrar información relacionada con la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, a quien demuestre al menos sumariamente la calidad de víctima.

²³¹ Ley 1765 de 2015, Art. 42: "El Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial es una dependencia especializada de la Fiscalía General Penal Militar y Policial que tiene por objeto desarrollar la investigación judicial, criminalística, criminológica y el manejo de la información, orientada a brindar apoyo a la administración de la Justicia Penal Militar y Policial en los casos de su competencia, incluyendo las investigaciones que se adelanten en vigencia de la Ley 522 de 1999".



IV. ANEXOS.

- Resolución No. 1800 del 2 de septiembre de 2015, en dos (2) folios.

En los anteriores términos, se dejan planteadas las razones que sustentan la respetuosa solicitud de la Fiscalía General de la Nación.

Con un atento saludo,



RAFAEL JOSÉ LAFONT RODRÍGUEZ
Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales