

# FACULTADES DISCIPLINARIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR FRENTE A LOS AUDITORES DE GUERRA Y JUECES INSTRUCTORES

LEONEL OLIVAR BONILLA

Magistrado del Tribunal Superior Militar.

## I — EL DERECHO PENAL DISCIPLINARIO.

Es definido como "el conjunto de normas que asocian a las infracciones de naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste el carácter de pena". (Jiménez de Asúa). Es natural que el Estado, en ejercicio del "ius puniendi", describa en actos jurídicos generales, impersonales y objetivos, una serie de conductas que se consideran contrarias al normal desarrollo de las actividades administrativas o jurisdiccionales como lo hizo en el decreto 250 de 1970, y que para el ejercicio de ese derecho designe expresamente a los funcionarios encargados de imponer y de hacer cumplir las sanciones, cuando se reúnen los presupuestos que el legislador señala.

Pero solamente aquellos funcionarios pueden hacer uso de esta facultad; cualquiera otro incurriría en responsabilidad por extralimitación, como lo prevé el artículo 20 de la Constitución Política, una de las disposiciones más trascendentales, pues como afirma Carl Schmitt, solo valdrá como Estado de Derecho aquel cuya actividad quede comprendida, sin residuo, en una suma de competencias rigurosamente circunscrita. No es posible invocar normas que regulan situaciones análogas, para afirmar la competencia de un Tribunal.

## II — JUECES INSTRUCTORES Y AUDITORES DE GUERRA.

### a. Auditores de Guerra.

Auditor viene del latín auditor, oyente, derivada del verbo audio, oír, atender. "Es generalmente el letrado de los jueces que carecen de conocimientos jurídicos. Más especialmente, el

letrado del cuerpo jurídico militar que asesora a los militares en la interpretación y aplicación de las leyes; y además propone la resolución en los procesos del fuero castrense. Se llaman por eso auditores de guerra o auditores del ejército". (Cabanellas).

De ellos trata el Código Penal Militar en el título IV del libro III. Se consagró así un título especial distinto del referente a la organización de la Justicia Penal Militar y de aquel dedicado a las personas que intervienen en el proceso penal militar: Ministerio Público, Procesados, Apoderados y Defensores, Parte Civil.

Las siguientes disposiciones se ocupan en particular de los Auditores de Guerra: El 357, literal f), que autoriza su designación como funcionarios de Instrucción Penal Militar, para casos especiales. El 467 que los incluye dentro de las personas que rinden testimonio mediante certificación jurada. El 357, que les asigna la función de dar el concepto acerca de la investigación, previo a la convocatoria del consejo de guerra verbal; el 575 inciso 3º que permite al Asesor Jurídico interrogar a los testigos y a los sindicados; el 576, referente a la colaboración del Asesor Jurídico para la formulación del cuestionario; finalmente el 578 que ordena al presidente del Consejo de Guerra Verbal oír al Asesor Jurídico antes de proferir la providencia de cesación de procedimiento por las causales allí señaladas.

#### b. Jueces de Instrucción Penal Militar.

El Código Penal Militar en el artículo 356 utiliza la denominación genérica de funcionarios de instrucción penal militar, para decir que son los encargados de ordenar, dirigir y practicar todas las diligencias necesarias para establecer la comisión de los delitos, descubrir a sus autores y determinar su responsabilidad. En el artículo 357 al hacer la enumeración de estos funcionarios, en el literal b) señala a los Jueces de Instrucción Penal Militar; en el 360 dispone que éstos tendrán jurisdicción y facultad para investigar todos los delitos de competencia de la Justicia Castrense, cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho.

De acuerdo con estas normas podemos decir que son los funcionarios nombrados por el Estado, encargados de ordenar, dirigir y practicar las diligencias necesarias para la investiga-

ción de los delitos de la jurisdicción penal militar y descubrir a los autores, cualquiera sea el lugar en que se haya cometido el hecho.

### III — LA COMPETENCIA EN EL AMBITO PENAL DISCIPLINARIO.

Dice el artículo 26 de la Carta Fundamental que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante autoridad competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Cuando habla de juez competente como presupuesto para el juzgamiento válido, establece una garantía fundamental, y acoge el principio "hemo iudex sine lege" característico del estado de derecho, que no conoce otras excepciones distintas de las que la propia Constitución prevé en el artículo 27, si es que pueden calificarse como excepciones a la regla general las autorizaciones contenidas allí.

El constitucionalista José María Samper comentaba así el mandato superior citado:

"Si el simple arresto o detención no puede ser ordenado, sino con formalidades legales, mayor es la necesidad de dar garantías a las personas, cuando se trata de juzgamiento, que es cosa mucho más grave que la detención. De ahí el que este artículo exija, para que algún individuo sea juzgado (y por lo tanto, condenado a sufrir pena), la sujeción a estas precisas condiciones.

1<sup>º</sup> Que sea conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, de modo que el acusado haya podido conocer la ley prohibitiva o penal antes de ejecutar aquel acto.

2<sup>º</sup> Que quien lo juzgue sea el Tribunal competente, esto es, aquel a quien la ley haya atribuido el conocimiento del asunto; entendiéndose la palabra Tribunal en su más alta acepción, no como entidad colectiva, sino como juez, ya sea éste unipersonal o nó; y

3<sup>º</sup> Que se observe en el procedimiento la plenitud de las formas propias de cada juicio, ora sea éste criminal ordinario o

correccional o de policía, ora fiscal, militar o de responsabilidad; dado que cada forma de juicio tiene su propio y especial procedimiento”.

El artículo 27 de la Constitución ordena:

“La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley:

1º Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo;

2º Los jefes militares, los cuales podrán imponer penas, in continenti, para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose en frente del enemigo;

3º Los capitanes de buque, que tiene, no estando en puerto, la misma facultad para reprimir delitos cometidos a bordo”.

Al analizar esta norma, el ilustre jurista decía:

“Pero si la disposición contenida en el artículo 26 fuera de aplicación absoluta, ni habría modo de que las autoridades se hicieren respetar en determinados momentos, ni sería posible mantener la necesaria disciplina en el Ejército, ni a bordo de las naves nacionales que, hallándose lejos de los puertos donde hay autoridades, estarían expuestas a motines o actos de muy perniciosa desobediencia. De ahí la necesidad de dejar campo libre a la ley para que determine los casos en que un superior o un funcionario que ejerza autoridad, pueda imponer ciertos castigos breves y sumarios, sin formalidad del juicio.

Con todo, como en este artículo se previene, solamente tres clases de entidades pueden hacer uso de la facultad que aquí se les concede, a saber:

Los funcionarios que ejerzan autoridad o jurisdicción: tales como el Presidente de la República, los gobernadores y alcaldes, los jueces y magistrados, y otros de análogas circunstancias;

Los jefes militares (esto es, los que comandan una fuerza militar cualquiera, ya sean jefes por su graduación, ya simples

oficiales o jefes de destacamentos, escoltas o piquetes), así para contener una insurrección o motín militar, como para mantener el orden al frente del enemigo, sin lo cual podría sufrir gravísimo perjuicio al Estado; y los capitanes de buques, no hallándose en puertos, sino navegando.

Pero aún para hacer uso de la facultad que este artículo concede, es necesario que el funcionario, jefe militar o capitán de buque, haga uso de su autoridad en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley. A las leyes toca, pues, complementar este asunto, limitando los casos cuanto sea conveniente, y dando al derecho individual la mayor garantía posible". (J. M. Samper, Derecho Público Interno de Colombia).

#### IV — EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR CARECE DE COMPETENCIA PARA JUZGAR DISCIPLINARIAMENTE A LOS JUECES DE INSTRUCCION PENAL MILITAR Y A LOS AUDITORES DE GUERRA.

El Tribunal Superior Militar no es el superior inmediato de los Auditores de Guerra; no tiene facultades para sancionar disciplinariamente a estos funcionarios ni a los jueces de instrucción penal militar por las conductas previstas en el decreto 250 de 1970 y por el procedimiento que allí se señala.

Dice el artículo 371 del Código Penal Militar que los auditores de guerra son asesores jurídicos de los Jueces de Primera Instancia; deben rendir los conceptos QUE SU RESPECTIVO SUPERIOR les solicite; elaborar los proyectos y asesorar los consejos de guerra. Son asesores del Juez de Primera Instancia; carecen de facultades jurisdiccionales como se desprende de la lectura del artículo 319 del mismo Código, y en esta calidad no puede en ningún momento establecerse entre ellos y el Tribunal una relación de dependencia en un momento dado, derivada del factor funcional como determinante de la competencia, a menos que sean designados Funcionarios de Instrucción Penal Militar, artículo 357 literal f).

Pero no se trata solamente de la naturaleza de sus funciones; el artículo citado señala a los jueces de instancia que asesoran como sus RESPECTIVOS SUPERIORES, empleando

no por coincidencia, exactamente las mismas palabras del 402 ibidem; se suprimió la palabra JUDICIAL ya que envolvería una redundancia; se llama Juez de Primera Instancia el Comandante de Unidad que ejerce funciones judiciales por mandato legal.

De lo anterior se concluye:

a) El respectivo superior judicial de los Auditores de Guerra, en su calidad de asesores no es el Tribunal Superior Militar que por una disposición excepcional sí puede juzgarlos cuando en el ejercicio de sus funciones cometan delitos. Las funciones que normalmente desempeñan no permiten establecer una relación derivada del factor funcional, que si existe entre el Juez de Primera Instancia, A-kuo, y esta Corporación, Juez ad-quem.

b) El respectivo superior judicial es el Juez de Primera Instancia al cual asesoran, no solamente porque no conocen otro en forma inmediata dentro de la jurisdicción militar, sino porque de modo expreso lo señala el artículo 371.

Pero si se aceptará la tesis contraria, tampoco estaría facultado el Tribunal para sancionarlos con fundamento en el decreto citado. El artículo 107 dice que el poder disciplinario se ejercerá por el Tribunal Disciplinario, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, el Tribunal de Aduanas, los Tribunales Administrativos, los Fiscales, los Jueces, los Procuradores de Distrito y los Jefes de Sección de la Procuraduría. Por una lamentable omisión no mencionó la ley al Tribunal Superior Militar. No se puede invocar el artículo 103 del mismo Estatuto, pues allí se dice que el régimen de disciplina interna de cada oficina judicial o del Ministerio Público estará a cargo del respectivo superior, que es lo que ocurre con los empleados de este Tribunal; de conformidad con el reglamento, puede sancionarlos y aún removerlos de sus cargos; no es posible hacerse extensivo este artículo a otros empleados que no son del Tribunal, pues ellos escapan a su régimen interno para quedar sometidos al de la oficina en la que trabajan. Tampoco puede respaldarse en el artículo 9º del decreto 2038 de 1958 por dos razones:

1) Porque en su primer inciso se refirió a los funcionarios y empleados de la Corporación;

2) Porque en su segundo inciso, y como una garantía de libertad, sin la cual no puede administrarse justicia en un país democrático, dispuso que los funcionarios y empleados civiles de la justicia penal militar sólo estarían sometidos a la ley y a la reglamentación que de ella se haga; ni el decreto mencionado, ni la ley, ni los reglamentos, facultan al Tribunal, para juzgar disciplinariamente a los Auditores de Guerra o a los Jueces de Instrucción Penal Militar por faltas cometidas en ejercicio de sus funciones, contempladas en el decreto 250 de 1970.

“Hay un principio general —dice la Corte Suprema de Justicia— según el cual las leyes sobre jurisdicción y competencia son de restrictiva interpretación, de taxativo entendimiento, de literal observancia, que en absoluto rechazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desautorice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquier atribución que las leyes no les han señalado expresamente”.

Y el Consejo de Estado: “La competencia es facultad que la ley atribuye de decidir sobre determinadas materias; tiene carácter restringido y no puede una autoridad ejercer jurisdicción de administrar justicia sobre asuntos que expresamente no le hayan sido adscritos. Este característico principio de las leyes sobre jurisdicción y competencia, de literal observancia, rechaza en absoluto de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones no se desnaturalice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquier atribución que las leyes no les han señalado expresamente, más cuando se trata de una jurisdicción excepcional como es la contencioso administrativa”. (Sentencia de 14 de noviembre de 1950).

Es necesario que el Legislador expida normas que señalen claramente a los funcionarios encargados de investigar y sancionar las faltas descritas en el decreto 250 de 1970, cuando son cometidas por quienes sin ser Magistrados o Fiscales del Tribunal Superior Militar, desempeñan cargos en la jurisdicción

penal militar: Los Jueces de Instrucción Penal Militar y los Auditores de Guerra, entre otros; es lógico que su conocimiento debe ser atribuido al Tribunal Superior Militar; sólo así puede dársele operancia plena a lo ordenado en el inciso 2º del artículo 160 de la Constitución Política de Colombia.

Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional; título expedido el 22 de agosto de 1958. Juez Civil del Circuito de Honda. Auditor Principal de Guerra de la Armada Nacional. Magistrado del Tribunal Superior Militar desde 1966. Especializado en Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Penal Militar en la Universidad Nacional; de Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

Obras publicadas: Temas de Derecho Penal Militar (Editorial Temis, 1976). Derecho Procesal Penal Militar (Editorial Andes, 1977).