

Alarmante reforma al fuero penal militar
Comentarios al proyecto de acto legislativo 192 de 2012 Cámara – 16 de 2012 Senado¹

La Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes estudia una reforma constitucional a la justicia penal militar² (JPM) que ya cumplió la mitad de su trámite en el Congreso de la República. Esta iniciativa ha avanzado sin que exista una justificación suficiente, clara y sólida que explique la necesidad de reformar la justicia penal militar. De manera escueta, la exposición de motivos al proyecto de acto legislativo invoca como fundamento la *“ausencia de claridad normativa que los miembros de la fuerza pública consideran que existe frente a sus actuaciones”*. No es cierta la alegada falta de claridad sobre las normas que deben regir las actuaciones de la fuerza pública. La regla de juzgamiento existente es completamente clara: en materia penal, la regla constitucional general es la jurisdicción penal ordinaria, y la excepción, la jurisdicción penal militar; esta jurisdicción nunca podrá conocer de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario sino tan solo de delitos relacionados con la disciplina militar, y cuando en un caso concreto haya duda sobre cuál sea la justicia competente (si la ordinaria o la militar) el conocimiento del caso le corresponderá a la justicia ordinaria³.

Así, cabe preguntarse: ¿Si el marco normativo existe, cuál es el sentido de la reforma? Observando el proyecto se evidencia que la reforma no está dirigida a precisar los criterios constitucionales actuales sino a establecer unos fundamentalmente diferentes. De esta manera, se ha obviado

¹ Intervención presentada en la audiencia pública el 23 de agosto de 2012, convocada por la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, previa al quinto debate de este proyecto de reforma constitucional.

² Proyecto de acto legislativo 192 de 2012 Cámara – 16 de 2012 Senado, *“Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”*.

³ La Corte Constitucional, ha señalado: *“el Código Penal Militar contiene un régimen completo, tanto sustantivo como procesal, que debe respetar y desarrollar los principios y valores constitucionales, y además, estar acorde con los mismos principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario. Por ello, las diferencias existentes deben estar debidamente justificadas”*. Sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. También ha referido: *“En materia penal, la regla constitucional general es la jurisdicción penal ordinaria, y la excepción, la jurisdicción penal militar; para delimitar el ámbito de aplicación de esta última, se aplican los dos criterios concurrentes señalados en el artículo 221 de la Carta y desarrollados por la Ley 522 de 1999: el personal y el funcional”*. Sentencia C-368 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Recientemente ha reiterado: *“Constitucionalmente se ha considerado que el fuero penal militar se establece como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, excluyendo del conocimiento de ésta ciertas conductas punibles en que puedan incurrir miembros de la fuerza pública. Por lo tanto, como se señaló en la sentencia C-399 de septiembre 7 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, sus alcances deben ser determinados en forma “estricta y rigurosa”, como quiera que, de acuerdo con la hermenéutica constitucional, las excepciones, para evitar que se conviertan en regla general, deben ser interpretadas de forma restrictiva, resultando también ostensible que la justicia penal militar, “aun cuando se presenta como una jurisdicción específica, está sometida a la Constitución... (CP arts. 1º, 2º, 123 y 124)”*. No está de más reiterar que el artículo 221 de la Carta señala que el fuero militar abarca los delitos cometidos por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, en relación directa con el mismo servicio, de forma que tal fuero está constituido, primero, por un elemento subjetivo (que el delito sea cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo), y el segundo funcional (que la acción u omisión guarde relación inalienable con el mismo servicio). De lo anterior se desprende que la razón de ser de este régimen penal especial, radica “de una parte, en las reglas de conducta particulares a que se encuentran subordinados los miembros de la fuerza pública y, de otra, en la estrecha relación que existe entre esas reglas particulares de comportamiento, el uso de la fuerza y la especial índole de las conductas que les son imputables”, circunstancias que justifican la configuración de una jurisdicción específica en el ámbito exclusivo de la fuerza pública”. Sentencia C-373 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

exponer las razones que justifican una reforma de este carácter y no se ha reparado en que las modificaciones propuestas desconocen obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de DD.HH. y D.I.H. En efecto, se está propiciando que graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario sean juzgadas por tribunales que no reúnen las condiciones de independencia, imparcialidad⁴ y competencia⁵, con lo cual no se estarían garantizando efectivamente los derechos de las víctimas a un recurso efectivo, a la justicia y a la verdad.

Tras las anteriores consideraciones, la Comisión Colombiana de Juristas insiste, con ocasión de la audiencia convocada para el quinto debate de este proyecto, en que este contraría normas internacionales sobre derechos humanos e introduce obstáculos en la investigación de delitos cometidos por miembros de las fuerzas militares y de policía. Para explicar esto, a continuación mencionamos las diferentes propuestas que conforman el acto legislativo mencionado, hacemos una valoración respecto de cada una de ellas y finalmente planteamos nuestras conclusiones sobre el asunto.

1. No se excluyen de la competencia de la Justicia Penal Militar: los crímenes de guerra, las infracciones al derecho internacional humanitario, ni todas las violaciones graves a los derechos humanos

El proyecto de acto legislativo enuncia un listado de delitos que quedarían excluidos del conocimiento de la JPM (artículo 3), argumentando que un listado cerrado es necesario para garantizar seguridad jurídica a los miembros de la fuerza pública. No obstante, tanto la justificación de la propuesta como la propuesta en sí misma son seriamente cuestionables.

⁴ Como lo hemos referido en ocasiones previas, la autonomía, que es base de la garantía de la imparcialidad, implica que el juez sea independiente del poder ejecutivo y del poder legislativo y de las mismas partes del proceso judicial. Resulta esencial para la independencia que los jueces sean funcionarios judiciales y no dependan de otros poderes o puedan permanecer libres de influencias o presiones de tales poderes o de cualquiera de las partes.

En este sentido: los *Principios Básicos sobre la Independencia de la Judicatura* (adoptados por el *Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas ONU, en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985); Corte interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 30 de junio de 2009 en el *Caso Reverón Trujillo contra Venezuela*; y Comité de Derechos Humanos, en el *Caso Angel N. Oló Bahamonde contra Guinea Ecuatorial*. Documento de la ONU CCPR/C/49/D/468/1991, del 10 de noviembre de 1993.

Todos estos, aspectos desarrollados en: Comisión Colombiana de Juristas, Federico Andreu-Guzmán, *Tribunales Militares y graves violaciones de derechos humanos*, Bogotá, diciembre de 2011.

⁵ Sobre este aspecto reiteramos: “*El examen de si el tribunal es o no competente no se limita a si la legislación nacional le confiere o no competencia para conocer de determinadas materias. En efecto, el principio del tribunal competente o juez natural no es una noción formal: tiene un contenido material. Así lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que “para que se respete el derecho al juez natural [...] no basta con que la ley establezca previamente cuál será el tribunal que atenderá una causa y que le otorgue competencia a éste” (Caso Usón Ramírez contra Venezuela, sentencia del 20 de noviembre de 2009). Dada la naturaleza de jurisdicción especial o especializada de los tribunales militares y, por ende, la afectación de los principios del juez natural y de igualdad ante los tribunales y la ley, el test de competencia pasa inevitablemente en determinar si existen razones objetivas que justifiquen legítimamente coartar la competencia general de la jurisdicción ordinaria e introducir un tratamiento diferencial en materia judicial, al sustraer ciertas materias o determinada categoría de justiciables de los jueces penales ordinarios para someterlos a una jurisdicción especializada castrense”.* Comisión Colombiana de Juristas, Federico Andreu-Guzmán, *Tribunales Militares y graves violaciones de derechos humanos*, Bogotá, diciembre de 2011. Página 66.

Por una parte, no es necesario modificar la Constitución Política para especificar los delitos excluidos de la competencia de la JPM pues el Código Penal Militar vigente⁶, en sus tres primeros artículos, ya se ocupa de este asunto⁷, y por otra parte, a diferencia de lo señalado en el proyecto de acto legislativo, la redacción del Código Penal Militar en este punto es absolutamente clara y respeta las normas internacionales sobre derechos humanos, toda vez que excluye de la jurisdicción militar todas las causas en las que esta no estaría en condiciones de garantizar autonomía e imparcialidad y, por lo tanto, tampoco un recurso efectivo a las víctimas⁸.

⁶ Ley 1407 de 2010, “*Por la cual se expide el Código Penal Militar*”.

⁷ ARTÍCULO 1o. *FUERO MILITAR*. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

ARTÍCULO 2o. *DELITOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO*. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado.

ARTÍCULO 3o. *DELITOS NO RELACIONADOS CON EL SERVICIO*. 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.

⁸ El Representante de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para diciembre de 2001 expresó en relación con la reforma al fuero militar en Colombia:

“Veo con preocupación los intentos de ampliar el fuero militar y las posibilidades de que sea la justicia penal militar quien conozca primero a todas las denuncias contra la fuerza pública en situaciones de combate.

Claro: En situaciones de enfrentamiento, a veces no es fácil determinar si un acto o hecho constituye un caso de legítimo uso de la fuerza o una violación de los derechos humanos o del DIH.

Pero la política actual, de que la Fiscalía General de la Nación, y no la justicia militar, conozca primero los casos de supuestas violaciones es una política sabia.

Fue establecida por el Gobierno anterior ante las experiencias concretas con el desempeño de la Justicia Penal Militar. Las primeras investigaciones de un hecho potencialmente punible son fundamentales para todo el proceso judicial. Las diligencias iniciales determinan el curso futuro del proceso judicial. Dejar la revisión de posibles violaciones de DDH y del DIH primero en manos de una institución militar podría abrir de nuevo la puerta a toda clase de manipulaciones – como se han dado en el pasado, cuando la oficina pudo observar en algunos casos de ejecuciones extrajudiciales alteraciones del lugar de los hechos, falsificación de documentos y amenazas contra jueces militares y testigos militares cuando ellos quisieron colaborar con la justicia ordinaria.

Me permito recordar que muchos de los casos de los “falsos positivos” que actualmente investiga la Fiscalía General de la Nación, habían sido cerrados por funcionarios de la justicia penal militar - y quien sabe cuántos casos más de posibles graves violaciones cometidas por miembros de la Fuerza Pública Colombiana se cerraron sin investigación? Esta situación no es solo típica para la actuación de la justicia militar en el caso de los “falsos positivos”. En el pasado, la justicia penal militar no logró esclarecer crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad u otras violaciones de los derechos humanos presuntamente cometidos por miembros de la fuerza pública. Por lo tanto, las garantías de que violaciones de los derechos humanos por miembros de la fuerza pública no queden impunes son mayores si las primeras investigaciones quedan en manos de la justicia ordinaria”. Consecuentemente, el riesgo de reformas constitucionales al fuero militar es que en la práctica fomenten la impunidad, lo cual a la vez mandaría un mensaje equivocado hacia las tropas en el terreno.

Ante las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario que agentes de la fuerza pública cometieron durante las décadas pasadas, la clara limitación del fuero militar a los delitos de servicio constituye uno de los grandes avances del país en materia de derechos humanos.

Debilitar las líneas de demarcación del fuero militar es peligroso.

Significaría un retroceso histórico para el país en materia de derechos humanos porque invertiría la presunción que actualmente figura en la Constitución Política y en el Código Penal militar vigente”. Intervención del Representante de

El listado de delitos al que hace referencia el proyecto de acto legislativo es muy restrictivo. Así, enuncia delitos de lesa humanidad y el genocidio, pero no los crímenes de guerra, siendo ambos considerados delitos por el derecho penal internacional y estando tipificados por el Estatuto de Roma⁹. Igualmente, incluye ciertas conductas que constituyen violaciones graves a los derechos humanos (tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, desplazamiento forzado, violencia sexual y reclutamiento o uso de menores), pero deja por fuera otras (detenciones arbitrarias, tratos crueles, inhumanos y degradantes, entre otros). Esto muestra que no hay coherencia en el criterio que define los delitos excluidos de la competencia de la JPM.

Además, el proyecto de acto legislativo atribuye a la JPM el conocimiento de infracciones al derecho internacional humanitario, lo cual excede el limitado rol que esta justicia debe cumplir en toda sociedad democrática y en todo Estado de Derecho. Así, quedarían excluidos por ejemplo delitos como los envenenamientos de las fuentes de agua, ataques a lugares de culto, o ataques a transportes civiles. Esto evidencia que no existe un criterio para que conductas como las mencionadas sean conocidas por la justicia militar y no por la justicia ordinaria. Conviene recordar que la JPM existe para mantener el honor y la disciplina castrense, y el derecho internacional humanitario obedece a otra naturaleza, pues su razón de ser es muy distinta: proteger la dignidad y los bienes de la población civil, así como evitar daños innecesarios que puedan causarse a las partes en conflicto. Resulta entonces evidente que el juzgamiento de las infracciones al derecho internacional humanitario sobrepasa la función para la que fue establecida la JPM pues se trata de causas que tienen por juez natural el juez penal ordinario en tanto no hay razones objetivas que justifiquen que las infracciones al D.I.H. deban ser conocidas por un juez excepcional, más aún si se considera que ese juez excepcional no tiene las características necesarias para juzgar de manera independiente estos casos.

Sobre este punto del juzgamiento de infracciones al D.I.H. cometidas por militares, la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo argumenta que el conocimiento de las infracciones al derecho internacional humanitario por la JPM se justifica pues *“las actuaciones de la Fuerza Pública en el contexto de un conflicto armado requieren de una evaluación técnica por parte de jueces especializados para la determinación de la responsabilidad penal, incluso si se aduce que hubo una infracción al derecho internacional humanitario”*. De esta manera, se asume, sin fundamento alguno, que los únicos que pueden tener el conocimiento necesario en relación con asuntos sobre el conflicto armado son los militares, y que es por eso que son ellos quienes deben encargarse de juzgarlos.

El anterior razonamiento es incorrecto. Las mismas reglas que estudian los jueces militares relacionadas con la conducción de hostilidades pueden ser estudiadas por jueces ordinarios. Además, en todo caso un juez penal ordinario siempre podrá acudir (mediante peritajes) a opiniones de expertos en temas de operaciones militares para tener un mejor conocimiento de los asuntos sobre los cuales tiene que resolver. Los conocimientos necesarios para aplicar las normas que regulan determinada profesión o actividad no son exclusivos de quienes se dedican a ella. Por esto,

la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, doctor Christian Salazar Volkmann, durante la rueda de prensa del balance de derechos humanos y el anuncio de la salida de su cargo. 7 de diciembre de 2011. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/imprimir.php3?texto=po141.txt>

⁹ Tratado internacional aprobado mediante ley 742 de 2002 y ratificado el 5 de agosto del mismo año.

por ejemplo, los jueces civiles, y no solo quienes trabajan en entidades financieras, pueden decidir sobre delitos financieros. La misma lógica aplica para el caso de los jueces militares y las operaciones militares.

2. Se propone una ley estatutaria que armonice el derecho internacional humanitario con la legislación interna

El proyecto de acto legislativo propone facultar al Congreso para que, mediante ley estatutaria, armonice la legislación nacional con el derecho internacional humanitario (artículo 3). Como fundamento de la propuesta, se aduce que los jueces que conocen casos contra militares por hechos cometidos en el marco de confrontaciones no aplican el derecho internacional humanitario, por lo que es necesario que existan normas de aplicación intermedias que cumplan el rol de “bisagra” entre el derecho nacional y el internacional humanitario.

El gran riesgo de esta propuesta es que puede dar lugar a que se flexibilicen las normas del derecho internacional humanitario, las cuales están pensadas, ante todo, para proteger a los civiles y evitar daños innecesarios y excesivos a las partes en conflicto, no para dar licencia a las partes en conflicto de cometer excesos por los cuales puedan eximirse de responsabilidad. En efecto de darse esta reforma se permitiría que el derecho internacional humanitario se interpretara como una excepción, por cuanto conductas que están proscritas por el derecho penal ordinario se podrían entender justificadas desde esta lógica de “armonización” del D.I.H., que no sería otra cosa, en la práctica, que la despenalización de conductas atentatorias contra los derechos de la población colombiana. Esto es, el legislador estaría disminuyendo las garantías sobre tales derechos, situación equiparable al establecimiento de un estado de excepción en la propia Constitución¹⁰.

La interpretación del derecho internacional humanitario que hacen quienes promueven el proyecto de acto legislativo evidencia que la propuesta va dirigida a la despenalización: la exposición de motivos señala que el derecho internacional humanitario sí permitiría asumir una posición ofensiva en el contexto del conflicto armado, a diferencia del derecho penal actualmente vigente, el cual, supuestamente, no permitiría a la fuerza pública hacer nada distinto de defenderse.

Cabe advertir que a dicha evidencia se suma el hecho de que junto a esta propuesta de reforma a la Constitución se estén impulsando medidas legislativas que promueven que el derecho internacional humanitario se aplique como una excepción a las garantías a los derechos de la población. Se trata del proyecto de ley sobre derecho operacional para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional¹¹. Dicho proyecto de ley propone dentro de los principios que regirían la “conducción de las hostilidades” los principios “de proporcionalidad” y de no intervención. El primero de ellos, contemplado en el numeral 5° del artículo 11 del proyecto, y según el cual no se consideraría contrarias a la ley y por ello no estarían sujetas a penalización las conductas que afecten derechos

¹⁰ Este argumento se encuentra desarrollado en: El Espectador. Opinión. Gustavo Gallón Giraldo. Director de la Comisión Colombiana de Juristas. “¿Un estado de excepción “humanitario”?”. Abril 18 de 2012. Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-339647-un-estado-de-excepcion-humanitario>

¹¹ Proyecto de ley número 19 de 2011 Senado, 166 de 2011 Cámara “*por la cual se establecen políticas públicas que implementen el derecho operacional en el marco de la garantía y el respeto de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario por parte de las Fuerzas Militares y Policía Nacional*”. Actualmente en trámite de tercer debate, en la Comisión Segunda Constitucional de la Cámara de Representantes.

humanos de los habitantes del territorio nacional cuando se considere que las operaciones ofrecen una ventaja militar mayor respecto al daño “incidental” eventualmente sufrido por las personas¹².

El segundo de dichos principios, consagrado en el parágrafo 6 del artículo 11 del proyecto, señala unos eventos en los que no podrían aplicarse las normas de derecho internacional humanitario. Uno podría pensar que en esta disposición se establece una especie de razón de Estado que excluye la aplicación del DIH. Esta interpretación cabe, de la manera como está planteado este principio, y sería muy grave que ella se asumiera¹³.

Por todo lo anterior, de insistirse en esta propuesta del proyecto de acto legislativo sobre fuero militar, el legislador deberá tener un extremo cuidado al momento de expedir la ley estatutaria relacionada con la conducción de hostilidades, más aún si se tiene en cuenta que en la actual propuesta de acto legislativo se afirma que los jueces militares deberán aplicar en todo caso el derecho internacional humanitario, lo cual puede ser entendido en el sentido de ordenarles que apliquen la ley estatutaria que lo incorpore y desarrolle. Esta ley debe ajustarse de manera estricta a los mandatos y a las restricciones del derecho internacional humanitario, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad¹⁴ y no como lo pretende el proyecto de ley referido antes, desnaturalizando dichos mandatos y restricciones. De lo contrario, se estarían autorizando actuaciones militares cuestionables a la luz del derecho internacional humanitario y se estaría obligando a los jueces militares a que las revistan con un manto de legalidad.

3. La resolución de los conflictos de competencia pasa de manos de una alta corte a un juez de garantías y a una comisión mixta, ambos con integrantes de la fuerza pública

El proyecto de acto legislativo (artículo 3, parágrafo 5) propone crear una Comisión mixta que podrá intervenir en casos de duda sobre la competencia de la justicia penal militar, la cual estaría integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. Esto implica en la práctica la posibilidad de que esta comisión investigue preliminarmente los hechos para determinar cuál es la jurisdicción competente en aquellos casos en los que “*exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar*”. Con esta propuesta se modifica la regla de competencia actualmente existente, la cual es

¹² El mencionado proyecto de ley en el artículo 11 establece:

“Artículo 11. Régimen Jurídico Aplicable en la Conducción de Hostilidades. Las operaciones u operativos de naturaleza militar que conduzcan las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en desarrollo de las hostilidades, en relación con sus ámbitos competenciales, están regidas por las normas que integran el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, las leyes nacionales que las incorporan, los reglamentos y manuales.

En el marco de este contexto, está legitimado el empleo anticipado y no gradual de la fuerza respecto de personas y/o bienes que constituyan objetivo militar a la luz del DIH y con fundamento en los principios específicos de humanidad, necesidad militar, distinción, limitación, proporcionalidad y no intervención.

(...)

Parágrafo 5°. Principio específico de proporcionalidad. Las operaciones u operativos de naturaleza militar no deben causar daños en personas o bienes civiles, que resulten excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Supone entonces, una ponderación entre la ventaja militar y los daños incidentales que puedan producirse en personas y bienes que no constituyan objetivo militar a la luz del Derecho Internacional Humanitario”.

¹³ El mismo artículo establece: “*Parágrafo 6°. Principio específico de no intervención. No podrán invocarse las normas del DIH, con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que le incumbe al Gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos, como tampoco para intervenir directa e indirectamente en el del Estado”.*

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

clara al afirmar que en caso de duda acerca de la competencia de un delito cometido por miembros de las Fuerzas Militares su conocimiento le corresponde a la justicia penal ordinaria. Además, se establece una instancia que crea un nuevo factor de dilación de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas, pues ahora deberá integrarse un nuevo órgano que investigue preliminarmente los hechos y, una vez realizado lo anterior y determinado quién es el juez competente, este deba volver a realizar otra investigación con el fin de llegar a un pronunciamiento de fondo.

El proyecto establece (artículo 1, numeral 3) que será un tribunal de garantías quien tendría por función “*de manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar*”. Esta propuesta reemplaza el mecanismo diseñado en la Constitución para resolver conflictos de competencia, de acuerdo con la cual es el Consejo Superior de la Judicatura quien debe resolverlos. Será así un juez de garantías y no una alta Corte la que resolvería conflictos entre jurisdicciones. Un juez que además estaría integrado por ocho (8) miembros, cuatro (4) de ellos miembros de la Fuerza Pública en retiro, elegidos estos de cuatro (4) ternas que enviará el Presidente de la República. Tal diseño resulta regresivo en relación con el marco jurídico actual sobre justicia penal militar, en cuanto a las garantías de autonomía, imparcialidad y competencia de los jueces.

4. Se crea un Tribunal de garantías penales exclusivamente para la fuerza pública

El proyecto de acto legislativo propone establecer un tribunal de garantías penales que participe “*en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública*” (artículo 1). Esta propuesta es confusa, pues no se comprende por qué razón debe haber un control de la acusación de todos los procesos en los que se investigue a un militar, sin restringir siquiera esta posibilidad a aquellos procesos en los que el delito tenga un nexo directo con el servicio que prestan los militares. Tal como está redactada, esta propuesta genera perplejidades, como por ejemplo: ¿por qué sería necesario que existiera un tribunal de garantías que controlara la acusación contra un militar cuando el delito investigado sea inasistencia alimentaria? ¿O violencia intrafamiliar?

Pero aun si se restringiera la competencia del tribunal de garantías penales a aquellos procesos en los que se investigue a militares por la presunta comisión de delitos relacionados con el servicio, dicho órgano seguiría siendo cuestionable, por desconocer el derecho a la igualdad, al establecer una diferencia injustificada entre los miembros de la fuerza pública que sean sometidos a procesos penales y el resto de personas que se encuentren en la misma circunstancia. Vale la pena recordar que en todo proceso penal, tanto en la justicia penal ordinaria como en la penal militar, existen jueces de garantías penales encargados de proteger los derechos constitucionales de los procesados. Así, pretender crear un tribunal de garantías penales especial para los militares desplazaría a los ya existentes, lo cual se justificaría si se probara que los que actualmente operan en los juicios contra militares no lo hacen de manera adecuada.

El proyecto de acto legislativo parece asumir que los jueces de control de garantías que funcionan en la justicia penal ordinaria y en la penal militar no protegen los derechos de los militares de manera adecuada, y por lo tanto pretende reemplazarlos. Aun si fuera válida esta conclusión, ¿por qué no fortalecer la justicia existente, en vez de crear una exclusiva para los militares? El proyecto

opta por crear una justicia paralela diferente para los militares, privilegio que se opone al deber de tratar a todas las personas de manera igual.

5. Se crea un fondo para financiar el Sistema de Defensa Técnica y especializada de los miembros de la fuerza pública bajo la dependencia del Ministerio de Defensa¹⁵

Un sistema de Defensoría Técnica Militar sólo y únicamente sería legítimo según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos si:

- i) está limitado al ámbito de procesos penales ante la jurisdicción militar¹⁶;
- ii) está restringido a las acusaciones y procesos por delitos estrictamente militares, toda vez que la naturaleza del ilícito penal militar y el procedimiento penal militar pueden eventualmente requerir de una pericia jurídica específica;
- iii) cuando, ya sea por razones del interés de la justicia o cuando el procesado no cuente con un abogado defensor o no pueda asumir los costos de sus servicios, sea procedente¹⁷; y
- iv) el servicio de defensoría de oficio está organizado de tal manera que se garantice que el letrado pueda ejercer libre y diligentemente sus funciones sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte y representar genuina y efectivamente a los acusados y defender sus intereses personales, independientemente de cualquier consideración o interés institucional de la Fuerza Pública¹⁸.

Un sistema de Defensoría Técnica Militar que desborde este ámbito material y procesal y el anterior marco conllevaría al establecimiento de un fuero personal o privilegio de casta –en razón de la calidad de militar del procesado–, desnaturalizando así el carácter de fuero funcional que tiene la jurisdicción penal militar y creando una situación violatoria del derecho a la igualdad ante los tribunales.

Si un militar procesado por la jurisdicción ordinaria o por una jurisdicción internacional o extranjera por delitos no militares (como lo son las graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de

¹⁵ Para esta observación retomamos lo que sobre el tema hemos expresado previamente al Honorable Congreso de la República: “La defensa militar técnica y el derecho internacional”, Federico Andreu-Guzmán, Subdirector de Litigio y Protección Jurídica de la Comisión Colombiana de Juristas, intervención presentada ante la Comisión Segunda de la Cámara en audiencia sobre el proyecto de ley sobre defensa técnica militar, Bogotá, mayo 4 de 2011.

¹⁶ La noción de juicio justo con las debidas garantías está directamente relacionada con el principio de igualdad ante los tribunales. Ello implica que tanto el acusado como cualquier parte del proceso debe gozar de igualdad de medios procesales y que las partes en los procedimientos sean tratadas sin discriminación alguna. En este sentido ver: Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 32*, párrafo 8. Igualmente ver entre otros: los *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. En particular el Principio 2. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 32 Artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., del 22 octubre de 2002, Informe No. 58/02 del 21 octubre 2002, Caso 12.275, Caso *Denton Aitken c. Jamaica*, Informe No. 56/02 del 21 Octubre 2002, Caso 12.158, Caso *Benedict Jacob c. Granada*; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Botten c. Noruega*, Sentencia de 19 de febrero de 1996, Aplicación No. 16206/90.

¹⁷ Artículo 14 (3) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y artículo 8 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

¹⁸ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No.32*, párrafos 34 y 38; y principios 16 y 25 de los *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*.

lesa humanidad y los crímenes de guerra) requiere de asistencia judicial, esta debe ser asegurada por el mismo sistema de defensoría pública establecida para todos los ciudadanos¹⁹.

6. Conclusiones

Con base en las anteriores consideraciones, consideramos que la propuesta de reforma constitucional sobre JPM no se sustenta en razones sólidas, y contiene elementos contrarios a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Por lo tanto, exhortamos al Congreso de la República a archivarlo, pues de lo contrario expondría la responsabilidad internacional del Estado por la violación de compromisos en materia de derechos humanos, e igualmente introduciría obstáculos y dificultades en los procesos contra militares que puedan guiar a la impunidad.

Comisión Colombiana de Juristas
Agosto 30 de 2012

¹⁹ Sobre el particular, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sostenido: “Reconocemos la dura tarea que la fuerza pública colombiana enfrenta en su combate contra los grupos armados ilegales que no respetan las más mínimas normas del derecho internacional humanitario.

Reconocemos los esfuerzos del Ministerio de Defensa y de la cúpula militar para asegurar que los soldados y oficiales cumplan plenamente con los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en su labor de garantizar la seguridad nacional.

Sin embargo, dichos avances no impiden reconocer que en numerosos casos integrantes de las fuerzas militares y policiales fueron señalados de graves violaciones a los derechos humanos.

Me permito recordar a los respetables Congresistas este trasfondo cuando analicen los proyectos de ley para una “Defensa Técnica para los miembros de la Fuerza Pública”.

Me permito recordar a los honorables Congresistas las posibles dimensiones de las violaciones a los derechos humanos cometidas por algunos miembros de la fuerza pública.

Me permito recordarles, que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos estima “con base en los datos existentes sobre casos y víctimas, que más de 3.000 personas²⁹ pudieron haber sido víctimas de ejecuciones extrajudiciales, atribuidas principalmente al Ejército. La gran mayoría de casos ocurrió entre los años 2004 y 2008”

Al medir los riesgos que conlleva el presente proyecto de ley para el derecho a la defensa y para la lucha contra la impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos:

Pido a los Honorables Congresistas analizar seriamente si un servicio de defensa, como el que se propone en el proyecto de ley, ejecutado por medio del Ministerio de Defensa Nacional, puede realmente garantizar el derecho del soldado, suboficial u oficial a una defensa justa y eficaz.

Les pido, Honorables Congresistas, considerar la desigualdad que se crea para las víctimas si el Congreso aprueba un sistema de defensa institucional.

Les pido, Honorables Congresistas, tomar en cuenta la posibilidad real de que una defensa institucional en el seno del Ministerio de Defensa Nacional pueda obstaculizar la labor de la justicia y comprometer el derecho a la justicia de víctimas y victimarios.

Si esto llegara a suceder, la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos para todos sus ciudadanos se vería comprometida y se lograría justamente lo contrario de lo que Uds. buscan asegurar en nombre del pueblo colombiano: protección jurídica para los miembros de la fuerza pública injustamente acusados y condenas justas para los soldados y oficiales que violaron los derechos humanos”. Intervención del doctor Christian Salazar Volkmann, Representante en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la Audiencia Pública convocada por la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes en relación con los proyectos de ley sobre “Defensoría Técnica de la Fuerza Pública”. Bogotá, D.C., 4 de mayo de 2011. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po137.pdf>