

Ref: DRP/239/2014/TH/CB

Bogotá, D.C., 13 de noviembre de 2014

Honorables Representantes,

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en desarrollo del mandato derivado del Acuerdo suscrito el 29 de noviembre de 1996 con el Gobierno colombiano, viene realizando un seguimiento a las iniciativas legislativas más relevantes tramitadas por el Congreso de la República.

En este marco, nuestra Oficina destaca que el Estado colombiano ha impulsado múltiples iniciativas legislativas que contribuyen al respeto y la promoción de los derechos humanos. Sin embargo, durante los últimos dos años se han presentado varias propuestas encaminadas a ampliar el alcance constitucional del fuero penal militar y policial. Así, actualmente están en trámite en el Congreso de la República tres proyectos de Acto Legislativo y dos proyectos de Ley, todos ellos con la misma finalidad<sup>1</sup>.

Tales iniciativas legislativas van en contra del espíritu y el contenido de las garantías y la protección judicial efectiva consagradas en los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, al tiempo que desconocen la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia. Adicionalmente, ignoran los estándares internacionales aplicables, respecto de los cuales reiteradamente se han pronunciado órganos del sistema universal<sup>2</sup> e interamericano<sup>3</sup> de protección de los derechos humanos.

Sin perjuicio de alertar al Honorable Congreso de la República sobre las implicaciones negativas por el quebrantamiento de compromisos internacionales del Estado que tendría para el país la aprobación de las iniciativas legislativas en curso relacionadas con la ampliación del fuero militar<sup>4</sup>, la Oficina quisiera plantear una propuesta muy concreta a la Honorable Comisión Primera frente al texto del Proyecto de Acto Legislativo 022 de 2014.

Ésta consiste en sugerir a la Comisión Primera la eliminación del Parágrafo Transitorio previsto en la iniciativa de Acto Legislativo<sup>5</sup> y la inclusión de una línea adicional en el artículo 2, con el objeto de garantizar que la reforma, de ser aprobada, no vulnere los principios de seguridad jurídica, legalidad e irretroactividad de la ley, consagrados, tanto en la Constitución colombiana como en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Honorables Representantes  
**COMISIÓN PRIMERA DE LA CÁMARA**  
**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**  
La Ciudad.-

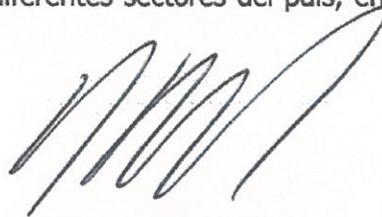
R/Com I  
Nov. 14 - 14  
B  
11:00 am

De este modo, se establecería de manera inequívoca la aplicación exclusiva hacia el futuro, tanto de dicha reforma como de las demás disposiciones que se deriven de su eventual aprobación, "a partir de la fecha de su promulgación y únicamente para hechos posteriores a su vigencia", tal como lo prevé el artículo 2 de la propuesta gubernamental.

Ello permitirá, sin perjuicio del análisis judicial posterior sobre la constitucionalidad de la reforma, una adecuada implementación del sistema penal acusatorio en la justicia penal militar que garantice los derechos, tanto de los procesados como de las víctimas de los delitos allí previstos, y respete los principios constitucionales mencionados<sup>7</sup>.

Les invitamos a considerar esta recomendación, en el contexto actual de las negociaciones de paz, donde la transparencia y el pleno respeto por los derechos de las víctimas, así como las garantías del debido proceso para los actores del conflicto involucrados en graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, deben constituir una prioridad para los diferentes sectores del país, en particular, para el Congreso de la República.

Cordialmente,



**TODD HOWLAND**

Representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

<sup>1</sup> Proyecto de Acto Legislativo Nro. 010 de 2014 "Por el cual se reforma el artículo 221 y se adicionan los artículos 221 A y 221 B y se modifica el artículo 277 de la Constitución Política"; Proyecto de Acto Legislativo Nro. 022 de 2014 "Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia"; Proyecto de ley 085/13 Senado y 210/14 Cámara "por la cual se reestructura la justicia penal militar o policial"; Proyecto de ley 129 de 2014 Cámara "por la cual se establecen reglas para la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del Derecho Internacional Humanitario aplicable en situación de hostilidades, se tipifican algunas conductas y se dictan otras disposiciones".

<sup>2</sup> Con respecto a la reforma al fuero penal militar, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló en su Informe Anual 2012 que "la reforma constitucional para ampliar la jurisdicción de los tribunales militares vulnera la separación básica entre los poderes necesaria para la independencia del poder judicial" y agregó que "esta reforma comprometería gravemente los esfuerzos previos del Gobierno de Colombia para que se investiguen debidamente las violaciones de los derechos humanos y se exijan responsabilidades a sus autores". En: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe2012.pdf>

<sup>3</sup> En su más reciente informe sobre Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó un detallado análisis sobre la reforma constitucional a la justicia penal militar mediante la cual determinó que: "no era un medio proporcional a los fines perseguidos, en la medida en que bajo el argumento de fortalecer la independencia e imparcialidad de la justicia penal militar, y brindar seguridad jurídica a los miembros de la Fuerza Pública, en realidad se promovió una ampliación del ámbito de aplicación material del fuero penal militar, contraria a los estándares establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos -y en la propia jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas-; y por ende, al derecho internacional de los derechos

humanos.” Por lo que concluyó que: “(...) el Estado colombiano estaría optando por ampliar su fuero militar, precisamente cuando la mayoría de los Estados de la región han realizado importantes avances para reducirlo. La Comisión advierte que la historia de los países del continente americano ha demostrado que el ejercicio de la jurisdicción militar para el juzgamiento de casos de violaciones de derechos humanos ha llevado a la impunidad, y que, en este caso, una reforma como la planteada en Colombia no ofrecía garantías suficientes para evitar que ese fenómeno se repita. La CIDH valora que luego de lo decidido por la Corte Constitucional, el Estado ratifique que acogerá lo ordenado por dicha decisión en cuanto a dejar sin efecto el Acto Legislativo 02.” Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. “Verdad, Justicia y reparación”, especialmente páginas 170-188. En: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>

<sup>4</sup> Ver el documento **Anexo**, que incluye un análisis amplio de estas iniciativas desde la óptica de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

<sup>5</sup> Según el cual: “**Parágrafo Transitorio.** Los procesos penales que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos que no tengan relación con el servicio o por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar de acuerdo a los incisos 1 y 2 del presente artículo y que se encuentran en la justicia ordinaria, continuarán en esta. La Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, contará con un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública, y trasladar a la Justicia Penal Militar aquellos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la jurisdicción ordinaria. En el marco de esa coordinación, se podrá verificar si algún proceso específico que cursa en la Justicia Penal Militar podría ser de competencia de la Justicia Ordinaria”.

<sup>6</sup> Se adicionaría a la propuesta actual la línea subrayada.

<sup>7</sup> Ver, en este sentido, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-110/2011; C -592 de 2005; C-444/2011; C-633 de 2012; T-389 de 2009.

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES  
UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS

**OBSERVACIONES A LOS PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO N° 010 Y 022 DE 2014 SENADO**  
*“por el cual se reforma el artículo 221 de la constitución política de Colombia” y “por el cual se  
reforma el artículo 221 y se adicionan los artículos 221a y 221b y se modifica el artículo 277 de la  
Constitución Política de Colombia.”*

**I. ANTECEDENTES**

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (ACNUDH) en cumplimiento de su mandato ha realizado un seguimiento permanente a las recientes iniciativas legislativas presentadas ante el Congreso de la República. Al respecto, observa que si bien el Estado colombiano ha impulsado varias reformas legales que contribuyen al respeto y la promoción de los derechos humanos, durante los últimos dos años se han presentado al menos siete propuestas legislativas que pretenden ampliar el alcance constitucional del fuero penal militar y policial. Ello va en contravía del espíritu y el contenido de los derechos a las garantías y a la protección judicial efectiva consagrados en los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los estándares internacionales sobre la materia. Dichas iniciativas son las siguientes:

- Acto Legislativo No. 2 de 2012 *“Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”*.
- Proyecto de Ley Estatutaria 211 de 2013 Senado, 268 de 2013 Cámara, *“por la cual se desarrollan los artículos 116 y 221 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”*.
- Proyecto de Acto Legislativo 17 de 2014 *“Por medio del cual se crea en Tribunal Nacional pro tempore para la fuerza pública”*.

- Proyecto de Acto Legislativo Nro. 010 de 2014 *“Por el cual se reforma el artículo 221 y se adicionan los artículos 221 A y 221 B y se modifica el artículo 277 de la Constitución Política”*.
- Proyecto de Acto Legislativo Nro. 022 de 2014 *“Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia”*.
- Proyecto de ley 085/13 Senado y 210/14 Cámara *“por la cual se reestructura la justicia penal militar o policial”*.
- Proyecto de ley 129 de 2014 Cámara *“por la cual se establecen reglas para la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del Derecho Internacional Humanitario aplicable en situación de hostilidades, se tipifican algunas conductas y se dictan otras disposiciones”*.

Desde la primera iniciativa que se puso en consideración del Congreso de la República, en 2012, órganos y expertos del Sistema de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, realizaron un seguimiento al proceso de reforma constitucional orientado a la ampliación del alcance de la justicia penal militar (en adelante, JPM). La Oficina en Colombia presentó, adicionalmente, observaciones al proyecto de ley estatutaria que lo reglamentaba y manifestó en varias ocasiones que esta reforma representaba un riesgo en relación con el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos<sup>1</sup>.

En el año 2013, la Corte Constitucional declaró inexecutable en su integridad el Acto Legislativo No. 2 de 2012, mediante sentencia C-740 de 2013, posteriormente se abstuvo de emitir un pronunciamiento de fondo sobre el proyecto de ley estatutaria, al concluir que el proyecto objeto de análisis tenía una relación inescindible y de conexidad general con el acto legislativo, concluyó que no tendría sentido pronunciarse sobre la constitucionalidad formal o material de la normatividad que había sido puesta a su supervisión por carencia actual del objeto<sup>2</sup>.

Con respecto a la reforma al fuero penal militar la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló, en el informe anual correspondiente al año 2012: *“la reforma constitucional para ampliar la jurisdicción de los tribunales militares vulnera la separación básica entre los poderes necesaria para la independencia del poder judicial”* y agregó que *“esta reforma comprometería gravemente los esfuerzos previos del Gobierno de Colombia para*

que se investiguen debidamente las violaciones de los derechos humanos y se exijan responsabilidades a sus autores”<sup>3</sup>.

En su más reciente informe sobre Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó un detallado análisis sobre la reforma constitucional a la justicia penal militar mediante la cual determinó que: *“no era un medio proporcional a los fines perseguidos, en la medida en que bajo el argumento de fortalecer la independencia e imparcialidad de la justicia penal militar, y brindar seguridad jurídica a los miembros de la Fuerza Pública, en realidad se promovió una ampliación del ámbito de aplicación material del fuero penal militar, contraria a los estándares establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos -y en la propia jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas-; y por ende, al derecho internacional de los derechos humanos.”*

Por lo que concluyó que: *“(…) el Estado colombiano estaría optando por ampliar su fuero militar, precisamente cuando la mayoría de los Estados de la región han realizado importantes avances para reducirlo. La Comisión advierte que la historia de los países del continente americano ha demostrado que el ejercicio de la jurisdicción militar para el juzgamiento de casos de violaciones de derechos humanos ha llevado a la impunidad, y que, en este caso, una reforma como la planteada en Colombia no ofrecía garantías suficientes para evitar que ese fenómeno se repita. La CIDH valora que luego de lo decidido por la Corte Constitucional, el Estado ratifique que acogerá lo ordenado por dicha decisión en cuanto a dejar sin efecto el Acto Legislativo 02.”<sup>4</sup>*

A pesar de ello, durante el año 2014 no solo siguió el trámite del proyecto de ley 210 de 2014 en la Cámara de Representantes, sino que se presentaron tres propuestas legislativas que tenían la misma finalidad. El 30 de julio de 2014 se presentó al Senado de la República el proyecto de acto legislativo 17 de 2014 que buscaba crear un Tribunal Nacional *pro tempore* para la fuerza pública, no obstante, el mismo fue retirado el 5 de agosto de 2014 por quienes lo propusieron. Las restantes iniciativas se encuentran en trámite en el Congreso.

La Oficina se pronunció recientemente acerca del contenido del proyecto de ley 210 de 2014 en Cámara<sup>5</sup>. Las observaciones presentadas en este documento se refieren de forma específica a los proyectos de Acto legislativo 010 y 022 de 2014. Es necesario señalar que estos proyectos de reforma constitucional reproducen los artículos 3 y 4 del Acto legislativo 02 de 2012, los cuales, como se señaló, fueron declarados inexequibles, y por esta razón se analizarán de forma conjunta.

## II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Es preciso recordar que en marzo de 2006 el Relator Especial de la ONU sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, al referirse al alcance de la justicia penal militar, manifestó:

*“La experiencia demuestra que las denuncias de violaciones de los derechos humanos sujetas a la jurisdicción militar dan a menudo lugar a situaciones de impunidad. En esos casos es necesario que la investigación y el enjuiciamiento sean realizados por órganos que sean independientes del ejército; (...)*

*La justicia militar fue tradicionalmente una forma de autorreglamentación que garantizaba la disciplina entre las fuerzas armadas de un Estado y que, en reciprocidad, daba lugar a una conducta lícita por parte de las fuerzas de oposición. A medida que el derecho internacional ha protegido cada vez más a la población civil, los aspectos de la justicia militar han comenzado a parecer anacrónicos. Muchos Estados han impuesto restricciones a la justicia militar, tanto en el derecho interno como en el internacional. Todos los Estados deberían cerciorarse de que sus sistemas de justicia proporcionen a las víctimas de conflictos armados una investigación verdaderamente independiente e imparcial, tanto en el fondo como en la forma.*

*La obligación jurídica de castigar efectivamente las infracciones es esencial para el imperio de la ley tanto en los conflictos armados como en tiempos de paz. Por lo tanto, son motivo de grave preocupación las situaciones en que los Estados tratan con indulgencia los delitos cometidos contra la población civil y los combatientes enemigos. La obligación legal de castigar a los responsables de violaciones del derecho a la vida no es una formalidad. El castigo es necesario para garantizar el derecho a la vida mediante la reivindicación de los derechos de las víctimas y la prevención de la impunidad de los autores. Por lo tanto, los Estados deben castigar a los responsables de esas violaciones con penas acordes con la gravedad de los delitos.”<sup>6</sup>*

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha proferido una sólida jurisprudencia sobre el alcance de la justicia penal militar. Esta Corte ha sido enfática en reiterar en sus decisiones que en un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional que únicamente debe juzgar a integrantes de la fuerza pública en servicio activo por la comisión o faltas que por su

naturaleza vulneren bienes jurídicos propios del orden militar. Por esta razón, la Corte ha concluido que respecto de situaciones que vulneren los derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede aplicarse la justicia penal militar.<sup>7</sup>

Así mismo, la Corte ha destacado que cuando tribunales militares conocen de actos que constituyen violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no sólo sobre el imputado -que debe ser una persona con la condición de militar y en servicio activo- sino también sobre la víctima civil quien participa en el proceso para hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Bajo esa óptica, para la Corte: *“las víctimas de violaciones a los derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario”*<sup>8</sup>.

### III. ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

Los proyectos de acto legislativo 010 y 022 de 2014 contienen disposiciones idénticas a las ya declaradas inexequibles (artículos 3 y 4 del acto legislativo 02 de 2012), que contrarían de igual forma el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Estos proyectos de reforma constitucional presentan las siguientes dificultades:

- Vulneran los principios constitucionales de independencia del poder judicial, juez natural e igualdad ante la ley. La JPM es una dependencia administrativa adscrita al poder Ejecutivo que asumiría funciones del poder judicial en materias no previstas en la Constitución.
- Amplía indebidamente el alcance de la JPM: Su competencia se vuelve general, propicia la inestabilidad del sistema democrático al incluir en la Constitución conductas que no han sido tipificadas como delitos en el ordenamiento interno y su aplicación se extendería a conductas cometidas antes de su vigencia.
- Distorsionan el DIH porque en vez de promover su aplicación como marco de protección mediante prohibiciones para la guerra, tal y como prevén los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, es usado como causal de

justificación de varias conductas en materia penal, y en relación con uno solo de los actores del conflicto.

*(i) Independencia del poder judicial y debido proceso*

Desde la década de los 80 los sistemas internacionales –tanto regionales como universales– se han referido al tema de los tribunales militares, sus facultades, límites y naturaleza excepcional, tanto a través de pronunciamientos de los órganos convencionales de supervisión y de los procedimientos especiales, como mediante el impulso y adopción de instrumentos específicos (tratados, resoluciones, declaraciones y recomendaciones). Esto ha permitido configurar un amplio *corpus juris* a favor de la realización del derecho a la justicia y de la lucha contra la impunidad tratándose de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

La justicia penal militar en Colombia es una entidad que depende del Ejecutivo y tiene su origen y razón de ser en la fuerza pública. Indudablemente, la JPM es una entidad muy importante para el correcto desarrollo de las funciones de las fuerzas militares pero estructuralmente no es una institución apta para administrar justicia frente a hechos delictivos ajenos a la función militar, entre otras razones, por su dependencia funcional del poder Ejecutivo.

La autonomía de la justicia está determinada por su posición como poder independiente. La autonomía no puede ser declarada; necesita responder a una estructura que la garantice en dos dimensiones, la institucional y la personal. La declaración de origen e intención contenida en los proyectos ilustra el problema y los conflictos de intereses que se suscitan de la ampliación de la competencia de la JPM, como dependencia del poder ejecutivo, a conductas que rebasan las consideradas como faltas militares<sup>9</sup>.

Debe recordarse que la separación de poderes es un principio básico que tiene consecuencias profundas en cómo se estructuran los órganos que están facultados para administrar justicia. Si el principio no tiene reflejo en la estructura del Estado y no se garantiza la independencia y autonomía de las instituciones que pueden administrar justicia, nada de lo que se haga para garantizar la independencia y autonomía del personal que conforma la institución puede remediar la falta de independencia y autonomía institucional. La naturaleza de la JPM como dependencia del Ministerio de Defensa impide

que esos valores se materialicen en garantías institucionales. En efecto como lo señaló la Corte Constitucional:

*“(...) la justicia penal militar y la jurisdicción indígena se encuentran autorizadas constitucional y legalmente para **administrar justicia de manera excepcional**, pero, como ha señalado insistentemente la jurisprudencia, dichas autoridades no hacen parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial del Poder Público (...) la (justicia) penal militar y la indígena ejercen función jurisdiccional pero no hacen parte de la rama judicial<sup>10</sup>. (Negritas fuera del texto original)*

#### *(ii) Competencia de la Justicia Penal Militar*

La Oficina recuerda que la Constitución reconoce que la primacía del poder civil sobre el poder militar<sup>11</sup> es un principio esencial en el que se funda el Estado Social de Derecho. Este principio constitucional tiene resonancia plena sobre los mecanismos de control respecto de las acciones realizadas por los integrantes de la fuerza pública. En consecuencia, el respeto de este principio demanda que la investigación y el procesamiento de violaciones

a los derechos humanos e infracciones al DIH en los que estén involucrados integrantes de la fuerza pública recaigan de manera exclusiva sobre la justicia ordinaria.

Las disposiciones del artículo 1 de los dos proyectos de reforma constitucional extienden el fuero penal militar a delitos que no guardan relación con el servicio y desbordan la protección de bienes jurídicos relacionados con los intereses militares. En relación con estas problemáticas el Comité de Derechos Humanos del PIDCP<sup>12</sup> advirtió,

*“(...) las medidas adoptadas son contrarias a las recomendaciones del Comité: la reforma de la justicia penal militar aprobada el 27 de diciembre de 2012 pone en entredicho los progresos realizados por el Gobierno para garantizar que las violaciones de los derechos humanos cometidas por las fuerzas del orden sean objeto de una investigación de conformidad con los principios de un juicio imparcial y que la responsabilidad de los autores sea constatada. El ámbito de intervención de la justicia penal militar debe limitarse estrictamente a los actos militares cometidos por el personal en servicio activo”.*

En ese mismo sentido, la Corte IDH ha señalado que:

*"(...) los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico protegido. La Corte reitera (...) que, la garantía del juez natural debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana."*<sup>13</sup>

Los proyectos de actos legislativos amplían la competencia de la justicia penal militar en dos aspectos: *en primer lugar*, invierten la regla general de competencia en razón de la materia al otorgarle la facultad no solo para investigar delitos que atentan contra bienes jurídicos militares, sino todos aquellos que no estén expresamente excluidos, los cuales son, por regla general, de competencia exclusiva de la justicia ordinaria. *En segundo lugar*, le otorgan competencia para conocer de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

#### A. LA RELACIÓN DE LOS DELITOS CON EL SERVICIO MILITAR O POLICIAL

El proyecto de acto legislativo 010 de 2014 introduce un presunción errada respecto del nexo con el servicio como característica de los delitos militares, indicando que *"un delito está relacionado con el servicio cuando haya sido cometido en el marco del desarrollo de operaciones militares u operativos policiales y demás procedimientos, actividades y tareas realizadas por los miembros activos de la fuerza pública, en desarrollo de la misión constitucional, legal y reglamentaria que les ha asignado"*<sup>14</sup>.

Las acciones de la fuerza pública por definición se implementan a través de operaciones militares o policiales; por ello, incorporar una presunción constitucional de esta naturaleza, impediría de manera absoluta que la justicia ordinaria tenga la competencia sobre situaciones que constituyen violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH realizadas en el marco de una orden de operaciones. El posible nexo de un hecho calificable como delito con el servicio propio de la fuerza pública no depende de la existencia o no de actos administrativos de planeación y coordinación de la acción estatal, como es el caso de una orden de operaciones, sino de la vulneración de bienes jurídicos de estricto orden militar o policial. Por ello, la consagración constitucional de esta presunción implica un retroceso en los avances de la lucha contra la impunidad realizados por Colombia.

La justicia ordinaria ha proferido varias decisiones que han permitido avanzar en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades en casos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH realizadas en el marco de operaciones militares en las que estuvieron vinculados integrantes de la fuerza pública<sup>15</sup>. La existencia de una orden de operaciones no debe erigirse como una causal o un eximente de responsabilidad como lo establece el Código Penal Militar, bajo la lógica de la presunción de legalidad de ese acto administrativo, que le permita a los implicados evadir la supervisión y el control de las autoridades de la justicia ordinaria.

La Corte Constitucional colombiana ha señalado en reiteradas oportunidades que la competencia de la justicia penal militar depende de dos elementos que deben presentarse de forma simultánea, uno *personal* y otro *funcional*.

Frente al aspecto *funcional*, un delito podrá ser investigado por la JPM siempre que se determine como elemento del tipo la relación directa del supuesto criminal con la prestación del servicio militar o policial<sup>16</sup>. En este sentido solo pueden ser entendidos como delitos relacionados con el servicio "*aquellos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo derivados directamente de la función constitucional que le es propia*"<sup>17</sup>.

La reiterada jurisprudencia constitucional de la citada Corte ha señalado que este razonamiento "*obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental*"<sup>18</sup>. Así, ha dicho la Corte:

*"Hacer caso omiso de la relación funcional o relajarla hasta el punto de que por ella pueda entenderse todo lo que ocurra mientras se adelanta una acción emprendida por miembros de la fuerza pública o todo aquello que se siga de su actuación, como se desprende de las expresiones examinadas, conduce inexorablemente a potenciar sin justificación alguna el aspecto personal del fuero militar."*<sup>19</sup>

El Tribunal Constitucional ha indicado que la relación con el servicio se rompe cuando los delitos son cometidos en ejercicio de la función constitucional pero adquieren una gravedad inusitada. En igual sentido, un reciente fallo de unificación el Consejo de Estado

señaló que los límites al fuero penal militar constituyen una garantía judicial efectiva para las víctimas, para ese tribunal es claro que:

*“La noción de relación con el servicio del integrante de la fuerza pública excluye tres eventos en los que la justicia penal militar bajo ninguna circunstancia tiene competencia: (i) si no hay un vínculo “próximo y directo” entre el delito y el servicio; (ii) si el delito es de tal gravedad que ipso jure se rompe el vínculo con el servicio, y (iii) si hay duda sobre cualquiera de estos elementos, en todos los casos será competente la justicia ordinaria.*

*(...) La noción de acto relacionado con el servicio, según la normativa interna, será ajena a este y no puede ser conocido en ningún caso por la justicia penal militar, cuando los miembros de fuerza pública incurran en violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Ante su ocurrencia, no es menester establecer el nexo funcional con el servicio, toda vez que se trata de una infracción al D.I.H y conductas reprochables como lo son los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la desaparición forzada, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, el desplazamiento forzado, las violaciones y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y el reclutamiento de menores, entre otras, serán competencia de la justicia penal ordinaria que se encargará de investigar y juzgar a sus presuntos responsables, pues estas conductas nunca podrán tener nexo alguno con los deberes y las funciones asignadas por la norma superior a la fuerza pública”<sup>20</sup>.*

Debe advertirse que el literal 3 del artículo 1 del proyecto de acto legislativo 022 de 2014, sugiere que la relación con el servicio se limita a que el delito ocurra en el marco de un conflicto armado y solamente excluye de su competencia “los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, la violencia sexual, la tortura y el desplazamiento forzado”. Esta limitación es insuficiente y contraría a los estándares internacionales. Invierte la regla general de competencia asignada a la JPM, cuya naturaleza está limitada a los delitos típicamente militares; omite una multiplicidad de conductas que no están relacionadas con el servicio como, por ejemplo, el reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes, conducta que constituye un crimen de guerra a la luz del Estatuto de Roma.

A la luz de los estándares jurisprudenciales mencionados ninguno de los criterios contenidos en los proyectos de acto legislativo (el conflicto armado o una orden de operaciones), son suficientes para deducir de su simple existencia un nexo entre la conducta delictiva y las funciones constitucionales asignadas a la fuerza pública.

De otra parte, una de las disposiciones del proyecto de Acto Legislativo 010 de 2014, incorpora una modificación constitucional mediante la cual *“las faltas disciplinarias cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, serán investigadas y sancionadas en forma prevalente por las autoridades militares y de policía con atribuciones disciplinarias (...)”*.

Como es evidente, la función de las autoridades disciplinarias militares y policiales es extraña a la supervigilancia ordinaria que realiza la Procuraduría General de la Nación sobre la actuación de la fuerza pública. Los órganos encargados del ámbito disciplinario castrense se limitan a la investigación, el juzgamiento y la sanción de faltas disciplinarias típicamente militares y no sobre conductas que pueden dar lugar a la aplicación del poder preferente por parte de la Procuraduría. Debe advertirse, desde otra perspectiva, que esta misma disposición despoja a la Procuraduría del poder disciplinario preferente respecto de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, que constituyan faltas disciplinarias en las que puedan incurrir miembros de la fuerza pública.<sup>21</sup>

#### B. EL CONOCIMIENTO DE DELITOS QUE AFECTAN BIENES JURÍDICOS NO MILITARES

La regla general establece que todos los delitos deben ser investigados la justicia ordinaria salvo aquellos típicamente militares. En consecuencia, cuando existe duda sobre la autoridad que debe investigar una conducta ésta debe ser asumida por la Fiscalía general de la Nación. Por esta razón la Corte Constitucional ha considerado:

*“(...) que constitucionalmente el fuero penal militar se estableció como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de ese tipo de conductas, por lo tanto y como se indicó 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, no sólo por la ley sino también por el intérprete”, como quiera que acorde con la hermenéutica constitucional las excepciones, para evitar que se conviertan en la regla general, deben ser interpretadas de forma restrictiva.”<sup>22</sup>*

Un aspecto preocupante de esta iniciativa de reforma constitucional está relacionado con los crímenes internacionales de “ejecuciones extrajudiciales” y de “lesa humanidad”. Como es sabido, estas conductas no están tipificadas en el ámbito interno.

En el derecho penal interno la ejecución extrajudicial es una modalidad de violación grave de los derechos humanos que se encuentra subsumida en varios tipos penales existentes bajo los *nomen iuris* de homicidio agravado (Código Penal, artículos 103 y 104), o el homicidio en persona protegida (Código Penal, artículo 135). La figura del homicidio en persona protegida cobija las situaciones en las que la muerte fue cometida en contra de una persona que amerita protección según el DIH, por ejemplo, un miembro de una guerrilla que ha sido puesto fuera de combate, y posteriormente, es ejecutado extrajudicialmente. La Oficina ha encontrado que muchas de las investigaciones en casos de ejecuciones extrajudiciales se adelantan indistintamente por los dos tipos penales citados, de acuerdo con la valoración probatoria que hacen los fiscales de los casos. Esto explica que no es necesario crear nuevos tipos penales para la persecución de esta modalidad de crímenes de sistema.

Es forzoso concluir entonces que la aparente exclusión de estas conductas del conocimiento de la justicia penal militar es aparente y solo operará en el futuro, una vez dichos comportamientos se hayan consagrado en el legislación interna como tipos penales autónomos, si es que así lo decide el legislador. Entre tanto, según las normas incluidas en los proyectos modificatorios de la Carta Política (proyecto 022 de 2014, Senado), todas las investigaciones por los delitos de homicidio bajo las dos modalidades citadas y que involucran a miembros de la fuerza pública, como es el caso de los homicidios presionados por resultados, reconocidos en la opinión pública como “falsos positivos”, deberán trasladarse de manera forzosa a la JPM.

Igual consecuencia jurídica deberá predicarse de todas las investigaciones que cumplan con los requisitos para ser calificadas como crímenes de lesa humanidad a la luz del derecho internacional penal vigente. Tal es el caso de las investigaciones adelantadas por distintos tipos penales que sancionan actos que constituyen violencia sexual, y en particular, violencia sexual asociada al conflicto armado interno, en contra de las mujeres, niños, niñas y adolescentes, cuya investigación por la justicia castrense ha sido prohibida de manera expresa por el Congreso de la República<sup>23</sup>.

Una mirada sistemática de las reformas propuestas - Actos Legislativo y las leyes ordinarias- permite concluir que la competencia de la justicia penal militar no sólo se extendería a violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al DIH, sino

también a delitos comunes que son propios de la justicia ordinaria, en especial, porque tutelan bienes jurídicos de gran representatividad e impacto social.

A manera de ejemplo, interceptaciones ilegales de comunicaciones sucedidas en el marco de operaciones de inteligencia como el caso “Andrómeda”, que involucran la comisión de varios ilícitos como la interceptación de datos informáticos (Art. 269 C, Código Penal) y la violación de datos personales (Art. 269 F, Código Penal), según ha señalado la Fiscalía

General de la Nación<sup>24</sup>, serían conocidos por la JPM. Estas conductas delictivas no tienen ninguna relación próxima ni directa con las funciones constitucionales atribuidas a la fuerza pública, por el contrario, afectan gravemente derechos fundamentales como la honra y la dignidad.

La Oficina recuerda que es un principio del Estado Social de Derecho el sometimiento de todos los ciudadanos al imperio de la ley. No existe ninguna razón para concluir que un delito es menos grave si lo comete un integrante de la fuerza pública. Por el contrario, su actuación como servidor público es aún más grave porque compromete la responsabilidad del Estado. En este sentido, la aplicación de procedimientos o sanciones más benéficas vulnera el principio de igualdad ante la ley.

### C. EL TRASLADO DE INVESTIGACIONES Y APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY PENAL

El proyecto de acto legislativo 022 de 2014 invierte el criterio general de la primacía de la justicia ordinaria resolviendo la duda en favor de la JPM, establece un año de plazo para que la Fiscalía General remita los procesos que esté adelantando “donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la justicia ordinaria” por hechos que hayan sido cometidos en un contexto de conflicto armado, contrariando el derecho al juez natural y el principio de irretroactividad de la ley penal.

Esta disposición debe analizarse a la luz de las obligaciones internacionales de Colombia tanto en materia de administración de justicia como frente al deber de garantía del Estado en casos de violaciones a los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que:“(..). Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido

*proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia tanto del imputado como de la víctima”.*<sup>25</sup>

Un mecanismo para promover los derechos humanos y la lucha contra la impunidad en el desarrollo de cualquier reforma al fuero penal militar o policial debe: 1) preservar la competencia de la justicia ordinaria en los casos que están bajo su conocimiento, y 2) remitir los casos que iniciaron su trámite en la JPM, en los cuales se investigan hechos que no tienen relación con el servicio, como una manifestación del reconocimiento del carácter residual y excepcional de la justicia castrense.

Por el contrario, la disposición que aquí se comenta tiene una redacción ambigua que favorece la impunidad en casos de graves violaciones de los derechos humanos, como se desprende de las siguientes consideraciones:

- 1) No define un límite sobre el estado procesal de las investigaciones que se pueden trasladar, razón por la cual permitirá la remisión de casos que incluso se encuentren en etapa de juicio en la jurisdicción ordinaria.
- 2) Permitiría el desconocimiento y la inaplicabilidad de decisiones judiciales proferidas por altas cortes, dado que podrían ser enviados casos cuya competencia ya fue resuelta por el Consejo Superior de la Judicatura a favor de la justicia ordinaria.
- 3) Propiciaría el envío masivo de casos de graves violaciones a los derechos humanos a la JPM, como las ejecuciones extrajudiciales, pues como se ha referido la exclusión contenida en el artículo 1 del proyecto de Acto Legislativo 022 es aparente porque se refiere a conductas no tipificadas actualmente en la legislación nacional.

De esta manera, el traslado de procesos no contribuye al esclarecimiento de los hechos, ni al fortalecimiento de la transparencia en la rendición de cuentas en casos en los que se encuentran involucrados integrantes de la Fuerza Pública.

(iii) *Distorsión del DIH*

El artículo 1 de los proyectos de Acto Legislativo (que reproducen el contenido del artículo 3 del fallido Acto Legislativo N° 2), establece que 1) todas las infracciones al DIH podrán ser conocidas por la justicia penal militar y, 2) el DIH es un marco jurídico de obligatoria aplicación en todas las investigaciones que se adelanten en contra de agentes de la fuerza pública.

Es importante recordar que el DIH no fue creado para que el esfuerzo bélico se realice con mejores o más eficaces métodos sino que procura establecer límites para proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que dejan de hacerlo. El DIH no es permisivo, no autoriza comportamientos o conductas en el ámbito de la guerra. Por el contrario, sus normas constituyen un catálogo de prohibiciones que protegen a las personas y bienes. La interpretación de la Corte Constitucional ha establecido que: “(...) el derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana.”<sup>26</sup>

Las normas que conforman el DIH no constituyen desde ningún punto de vista beneficios para la conducción de las hostilidades, ni ventaja militar para ninguno de los actores que participan en las confrontaciones, sean estatales o no estatales. En ese entendido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que:

*“Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.”* y agrega: *“Tampoco puede uno de los actores armados alegar el incumplimiento del derecho humanitario por su contrincante con el fin de excusar sus propias violaciones de estas normas, ya que las limitaciones a los combatientes se imponen en beneficio de la persona humana. Por eso, este derecho tiene la particularidad de que sus reglas constituyen garantías inalienables estructuradas de manera singular: se imponen obligaciones a los actores armados, en beneficio no propio sino de terceros: la población no combatiente y las víctimas de ese enfrentamiento bélico.”*<sup>27</sup>

La Oficina recuerda que durante el trámite del proyecto de Código Penal Militar<sup>28</sup> se presentaron las siguientes objeciones presidenciales con relación a la competencia de la justicia penal militar:

*“Para el Gobierno, el texto aprobado es idéntico al examinado mediante la Sentencia C-878 del 12 de julio de 2000, en la cual la Corte Constitucional señaló que era exequible “...en el entendido que los delitos en el enunciados, no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues 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”. Agregó el entonces Presidente de la República que: “Las violaciones de derechos humanos y las infracciones del derecho internacional humanitario son contrarias a la misión constitucional y legal de la fuerza pública y por lo tanto deben estar excluidas del fuero militar”.<sup>29</sup>*

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-533 de 2008 declaró fundadas las objeciones presidenciales bajo el fundamento que además de la exclusión de delitos que contenía el texto del proyecto *“quedaban excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional con el servicio.”<sup>30</sup>* Por esta circunstancia, el proyecto fue devuelto al Congreso para corregir esta disposición. Posteriormente, fue aprobada la Ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar) considerando esta restricción.

Las propuestas de reforma constitucional que aquí se estudian desconocen este valioso precedente constitucional y la postura que en su momento tuvo la máxima autoridad del poder ejecutivo.

A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el alcance del derecho internacional humanitario en el ordenamiento jurídico colombiano, es posible establece que: a) las infracciones al DIH no tienen una relación próxima y directa con el servicio dado que son abiertamente contrarias a las funciones constitucionales y legales de la fuerza pública. Así mismo, afectan de tal manera la dignidad humana y los demás derechos humanos básicos fundamentales que se caracterizan por tener una gravedad inusitada; b) Las normas que conforman el *corpus juris* del DIH no establecen un marco legal de análisis diferenciado, ni condiciones favorables para el procesamiento, investigación y el juzgamiento penal de las conductas desplegadas por cualquiera de los actores que participan en el conflicto armado sean estatales o no estatales.

Por esta razón, para la determinación de la responsabilidad penal respecto de infracciones al DIH cometidas por cualquiera de los actores involucrados en las hostilidades, no se requiere de la identificación y aplicación de reglas jurídicas especiales, ni protocolos específicos derivados de las obligaciones contenidas en la estructura dogmática y sustantiva del DIH, dado que estas conductas deben ser valoradas bajo el marco jurídico establecido por los principios generales, normas sustantivas y procesales de la legislación penal ordinaria, aplicable a todos los ciudadanos.

La Oficina reitera que el DIH no suplanta el marco jurídico penal ordinario establecido por cada Estado. Colombia ha avanzado en la tipificación de conductas que constituyen violaciones de los derechos humanos e infracciones graves al DIH en su legislación penal, razón por la cual cuenta con normas penales que le permiten perseguir de manera adecuada a los perpetradores de estos crímenes. Una interpretación contraria quebrantaría los derechos al debido proceso y a la igualdad en materia de persecución penal en favor de uno de los actores que participan en el conflicto armado.

Debe reiterarse que el DIH obliga a todas las partes que participan en el conflicto, pero de ello no puede deducirse la facultad de una de ellas para determinar la gravedad de la infracción al investigar, juzgar y sancionar a quienes son responsables. Las prohibiciones del DIH son normas de *ius cogens*, las cuales, como consensos de la humanidad, no pueden ser reinterpretadas por los actores de los conflictos para obtener de ello un beneficio.

De otro lado, la imposición a los operadores de la justicia de un marco jurídico para la valoración de la responsabilidad penal, diferente al establecido por la legislación penal general aplicable a todos los ciudadanos, supone una vulneración de la autonomía y la independencia del poder judicial. En ese sentido, es necesario ratificar que el respeto y la garantía del cumplimiento de las normas del DIH reposa en los actores que participan en el conflicto armado – fuerza pública y grupos armados irregulares- quienes son destinatarios de estas disposiciones y no en las autoridades judiciales encargadas de juzgar y sancionar estas conductas.

El proyecto de Acto Legislativo No. 22 pretende que incluso las graves violaciones a los derechos humanos sean analizadas a la luz del DIH. En este sentido, debe recordarse que la H. Corte Constitucional ha señalado que:

*“(…) a diferencia de la finalidad del fuero de los miembros del Congreso de la República, que busca “constituir un privilegio protector de la investidura, y asegurar al máximo la independencia en el juicio”<sup>31</sup>, “no puede entenderse el fuero militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia”<sup>32</sup>.*

Los militares y policías colombianos se enfrentan a situaciones complejas; no obstante, su accionar no puede estar al margen del derecho internacional de los derechos humanos. La legitimidad del uso de la fuerza por parte de agentes estatales pasa por el respeto del derecho internacional de los derechos humanos en toda circunstancia. Este principio está claramente consignado por el derecho internacional a partir, fundamentalmente, de pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia y el Comité de Derechos Humanos<sup>33</sup>.

Así, la Corte Internacional de Justicia ha indicado que en situaciones de conflicto armado pueden presentarse tres situaciones posibles: *“algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estarlo exclusivamente en el derecho de los derechos humanos y otros en ambas ramas del derecho internacional.”<sup>34</sup>*

Las obligaciones internacionales que emanan del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario no son excluyentes, por el contrario, brindan una protección complementaria a las personas<sup>35</sup>. Así, el núcleo esencial de derechos inderogables<sup>36</sup> que consagra el derecho internacional de los derechos humanos también se aplica en situaciones de alteración de orden público, incluso en situaciones de conflicto armado. La existencia de un conflicto armado no anula la vigencia del derecho internacional de los derechos humanos. La situación de conflicto demanda la aplicación concomitante de ambas ramas del derecho internacional con el fin de brindar la más amplia protección al ser humano. El derecho internacional de los derechos humanos también es un marco de referencia obligado para la Fuerza Pública.

#### IV. RECOMENDACIONES

La ACNUDH destaca que una justa y adecuada regulación de los tribunales militares acorde con el derecho internacional de los derechos humanos es esencial para una correcta administración de justicia, una plena vigencia del derecho a un juicio justo, así como para erradicar la impunidad de las violaciones a los derechos humanos.

El Estado colombiano enfrenta varios desafíos para asegurar el acceso a la administración de justicia y la protección judicial efectiva de las víctimas que han sufrido violaciones de los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. En este contexto es fundamental que las reformas legislativas relacionadas con la justicia penal militar estén en consonancia con los compromisos internacionales asumidos por el Estado. Estas obligaciones adquieren una dimensión mayor cuando se trata del procesamiento de conductas cometidas por agentes estatales dado que en ellos reposa el cumplimiento de los fines constitucionales y la garantía de la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

El Congreso de la República debe reconocer que la justicia ordinaria es el foro competente y adecuado para conocer de violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH cometidas por los integrantes de la fuerza pública, asunto que constituye una garantía para la debida administración de justicia y el debido proceso. La investigación adelantada por jueces ordinarios fortalece la legitimidad y la credibilidad de la fuerza pública en un sistema democrático en la medida que brinda certeza a toda la sociedad de que el examen judicial de sus acciones será realizado por un tribunal independiente e imparcial que garantiza, por un lado, el derecho de los familiares de las víctimas que hayan padecido algún tipo de violación a sus derechos, y por otro, el debido proceso legal para los integrantes de la fuerza pública que sean investigados.

Debe reiterarse que la transparencia en la implementación de políticas para la rendición de cuentas respecto de la responsabilidad de agentes estatales y los demás actores que han participado en el conflicto armado, contribuye a la consecución de una paz sostenible y duradera.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, los derechos y deberes consagrados en ella deben interpretarse *de conformidad con los*

*tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que al adoptar disposiciones normativas, al aplicarlas y al fijar judicialmente sus alcances, las autoridades nacionales han de tener siempre en cuenta los instrumentos internacionales universales y regionales, así como la doctrina y la jurisprudencia adoptadas por los órganos internacionales competentes para interpretar la naturaleza, el contenido y el valor jurídico de normas pertenecientes al ordenamiento internacional positivo y aún de las reglas del derecho consuetudinario. En consecuencia, el Congreso debe hacer un análisis de las propuestas de reforma constitucional a la luz del bloque de constitucionalidad, y verificar su compatibilidad con los principios y los valores en materia de justicia y las obligaciones internacionales del Estado.*

Finalmente, y dada la importancia que tienen estos proyectos de Acto legislativo para el desarrollo adecuado de la funciones de la Fuerza Pública y la necesidad de ajustar sus disposiciones a la Constitución Política y a los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, la ONU - Derechos Humanos reitera su interés y disponibilidad para asesorar al Congreso de la Republica en la determinación de sus alcances.

---

<sup>1</sup> Misión de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a Colombia, julio 16 a 19, 2013: <http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2013/comunicados2013.php3?cod=41&cat=91>; Oficina de la ONU para los Derechos Humanos se pronuncia sobre fuero militar, junio 14, 2013: <http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2013/comunicados2013.php3?cod=36&cat=91>; Pronunciamiento de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre fuero militar en Colombia, noviembre 27, 2012: <http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2012/comunicados2012.php3?cod=24&cat=88>; Intervención de la Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Congreso de la República de Colombia: audiencia pública sobre proyecto fuero militar, noviembre 15, 2012; Colombia: Expertos de Naciones Unidas hacen un llamamiento a las autoridades para que reconsideren la reforma constitucional del fuero penal militar, octubre 22, 2012: <http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2012/comunicados2012.php3?cod=22&cat=88>; Intervención del Representante en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Constitución y Fuero Penal Militar, Universidad Sergio Arboleda, agosto 30, 2012: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=144&cat=24>; CIDH expresa preocupación por reforma constitucional en Colombia, enero 4, 2013: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/004.asp>

<sup>2</sup> Corte Constitucional Expediente PE-039- Sentencia C-388 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>3</sup> Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia durante el año 2012, especialmente párr. 79 a 84. En: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe2012.pdf>

<sup>4</sup> Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. “Verdad, Justicia y reparación”, especialmente páginas 170-188. En: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>

<sup>5</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Observaciones frente al proyecto de ley 85 de 2013, en: [http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamentos/ponencias/Observaciones\\_OACNUDH\\_proyecto JMP.p df](http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamentos/ponencias/Observaciones_OACNUDH_proyecto JMP.p df).

<sup>66</sup> Relator Especial de la ONU sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe “Los derechos civiles y políticos en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias”, 8 de marzo de 2006. Párrs. 37-39 E/CN.4/2006/53.

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 176. Ver también: Corte IDH Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, párr.272, 273, 274.

<sup>8</sup> Corte IDH Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, párr. 275.

<sup>9</sup> (...) resulta infundado el argumento según el cual el conocimiento de los crímenes de guerra y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario requiere que el juzgador tenga conocimientos jurídicos propios del Derecho Penal Militar. En primer lugar, no existe ninguna correlación entre los bienes jurídicos tutelados mediante los crímenes de guerra y aquellos protegidos por el Derecho Penal Militar. En segundo lugar, si la investigación y juzgamiento de determinados crímenes de guerra pueden requerir de conocimientos especializados en materia militar y de derecho internacional humanitario, estas pericias no son propias del Derecho Penal Militar. (...) Cuando se requieren conocimientos especializados en asuntos técnicos y operacionales militares, fiscales y jueces de las jurisdicciones internacionales han recurrido a los peritajes. Andreu – Guzmán, Federico, Fuero militar y derecho internacional, Comisión Colombiana de Juristas y Comisión Internacional de Juristas, Bogotá, 2003. pp. 104 y 105.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-713/08 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 15 de julio de 2008.

<sup>11</sup> Constitución Política, Artículo 189.

<sup>12</sup> CCPR/C/107/2 Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 30 de abril de 2013.

<sup>13</sup> Corte IDH, Caso Vélez Restrepo vs. Colombia. Sentencia del 3 de septiembre de 2012, párr.. 244. Ver también: párr.238- 245.

<sup>14</sup> Artículo 1, parágrafo 1.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia. M.P. María del Rosario González Muñoz. Radicado 40733, marzo 19, 2014.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C-358/97, 5 de agosto de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia C-878 de 2000, 12 de julio de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia C-141 de 1995, previamente citada.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencia C-358/97, 5 de agosto de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-878/00, 12 de julio de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, radicación: 05001-23-25-000-1999-00163-01(32988), consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

<sup>21</sup> Constitución Política, Artículo 277, numeral 6.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1184/08, 3 de diciembre de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>23</sup> Ley 1719 de 2014, artículo 20 “Los delitos de violencia sexual no podrán ser investigados a través de la jurisdicción penal militar”.

<sup>24</sup> “Fiscalía pide medida de aseguramiento contra militares comprometidos en caso Andrómeda”, publicado por RCN RADIO el 5 de octubre de 2014. En: <http://www.rcnradio.com/noticias/les-imputaron-cargos-militares-por-caso-andromeda-y-fiscalia-solicitar-medida-de>; Artículo: “Legalizan captura de tres uniformados del Ejército por caso Hacker”, publicado periódico el Espectador, el 5 de octubre de 2014. En: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/legalizan-captura-de-tres-uniformados-del-ejercito-caso-articulo-520717>.

<sup>25</sup> Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004, párr. 167; Las Palmeras. Sentencia del 6 de diciembre de 2001, párr. 52; Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 112.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-225/95, 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-225/95, 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Este criterio ha sido ratificado y consolidado en la jurisprudencia de este Tribunal. Ver también sentencias C-177/01; C-240/2009.

<sup>28</sup> Proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, sentencia C-533/08, 28 de mayo de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> Corte Constitucional, sentencia C-545 de mayo 28 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, sentencia C-141 de 1995, previamente citada.

<sup>33</sup> Ver: Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 13 de julio de 2004, en: [http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory\\_2004-07-09.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf); fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre las Actividades armadas en el territorio del Congo (la República Democrática del Congo contra Uganda), 19 de diciembre de 2005, en: <http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/159.pdf>; Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.13&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.13&Lang=en)

<sup>34</sup> *Ibíd.*

<sup>35</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones Preliminares de la CIDH sobre la visita in loco a Colombia. Anexo al Comunicado de Prensa 144/12, 7 de diciembre de 2012, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/144A.asp>. En este documento la CIDH señaló: “Bajo el derecho internacional público, y tal como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han sostenido, en diversas circunstancias se aplican ambos cuerpos legales en forma complementaria. En este sentido, preocupa a la CIDH la visión que parece estar contenida en el proyecto, en el sentido de entender al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos como cuerpos legales mutuamente excluyentes.”

<sup>36</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 4; Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 27. (Suspensión de garantías).

DATOS

F=mg	Y	AY=Y- Yo	K			X	Y	X*Y	X^2	(X)^2
52.038	37.0	0.6	867213.33			11.90	-0,34	-4,04	141.61	2147.39
296058	39.9	3.5	84588			10.18	0,3	8,05	103.63	
392784	41.5	5.1	77016.47			11.29	-0,89	-10,04	127.46	
444234	42.7	6.3	705433.96			12.97	-0,86	-11,15	167.96	
						46.34	-1,79	-17,18	540.66	

AMPLITUD Y K CONSTANTE

masa	frecuencia	periodo				X	Y	X*Y	X^2	(X)^2
2.49	2.29	0.4				5.51	-0,91	-5,01	30.36	550.37
347.7	1.86	0.5				5.85	-0,69	-4,03	34.22	
400.8	1.5	0.6				5.99	-0,51	-3,05	35.88	
453.3	1.5	0.6				6.11	-0,51	-3,11	37.32	
						23.46	-2,62	-15,2	137.78	

AMPLITUD Y MASA CONSTANTE 3CM

K	F	periodo
147480	1.54	0.71
26575.50	0.74	1.35
80377	2.4	0.41
433562.94	2.35	0.42

K Y MASA CONSTANTE

amplitud	F	periodo
2	2.50	0.4
3	2.51	0.4
4	2.52	0.5
5	2.53	0.5

## DATOS

masa	frecuencia	periodo
1	0.53	1.88
2	0.51	1.96
3	0.52	1.92
4	0.53	1.88
5	0.52	1.92
6	0.51	1.96

altura	frecuencia	periodo
0.92cm	0.51	1.96
77.6cm	0.54	1.85
72.6cm	0.57	1.75
67.6cm	0.59	1.69
62.6	0.61	1.63
57.6	0.62	1.61

## Mínimos cuadrados

X	Y	X*Y	X^2	(X)^2
-83	0.67	-0.05	-6	438.06
4,35	0,61	2,65	18,92	
4,28	0,55	2,35	18,31	
4,21	0,52	2,18	17,72	
4,13	0,48	1,98	17,05	
4,05	0,47	1,9	16,4	
20,93	3,4	11,01	88,40	

## OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS

### OBSERVACIONES FRENTE AL PROYECTO DE LEY 85 DE 2013

*“por la cual se reestructura la justicia penal militar o 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”.*

### I. ANTECEDENTES

Desde que se presentó a consideración del Congreso de la República, órganos y expertos del Sistema de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, realizaron un seguimiento al proceso de reforma constitucional orientado a la ampliación del alcance de la Justicia Penal Militar (en adelante, JPM). La Oficina en Colombia presentó, adicionalmente, observaciones al proyecto de ley estatutaria que lo reglamentaba y manifestó en varias ocasiones el riesgo que esta reforma representaba en relación con el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos<sup>1</sup>.

Con respecto a la reforma al fuero penal militar la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló en su más reciente Informe Anual al Consejo de Derechos Humanos que *“la reforma constitucional para ampliar la jurisdicción de los tribunales militares vulnera la separación básica entre los poderes necesaria para la independencia del poder judicial”* y agregó que *“esta reforma comprometería gravemente los esfuerzos previos del Gobierno de Colombia para*

<sup>1</sup> Misión de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a Colombia, julio 16 a 19, 2013:

<http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2013/comunicados2013.php3?cod=41&cat=91>; Oficina de la ONU para los Derechos Humanos se pronuncia sobre fuero militar, junio 14, 2013:

<http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2013/comunicados2013.php3?cod=36&cat=91>; Pronunciamiento de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre fuero militar en Colombia, noviembre 27, 2012:

<http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2012/comunicados2012.php3?cod=24&cat=88>; Intervención de la Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Congreso de la República de Colombia: audiencia pública sobre proyecto fuero militar, noviembre 15, 2012; Colombia: Expertos de Naciones Unidas hacen un llamamiento a las autoridades para que reconsideren la reforma constitucional del fuero penal militar, octubre 22, 2012:

<http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2012/comunicados2012.php3?cod=22&cat=88>; Intervención del Representante en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Constitución y Fuero Penal Militar, Universidad Sergio Arboleda, agosto 30, 2012:

<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=144&cat=24>

*que se investiguen debidamente las violaciones de los derechos humanos y se exijan responsabilidades a sus autores”<sup>2</sup>.*

Recientemente, la Corte Constitucional se abstuvo de emitir un pronunciamiento de fondo sobre el proyecto de Ley Estatutaria, al concluir que las disposiciones contenidas en el mismo eran un desarrollo del Acto Legislativo No. 2 de 2012, que había sido declarado inexecutable en su integridad mediante sentencia C-740 de 2013. De esta manera, dado que el proyecto objeto de análisis tenía una relación inescindible y de conexidad general con el Acto Legislativo, concluyó que no tendría sentido pronunciarse sobre la constitucionalidad formal o material de la normatividad que había sido puesta a su supervisión por carencia actual del objeto<sup>3</sup>.

A pesar de la declaración de inexecutable de las disposiciones antes mencionadas y la jurisprudencia constante de tribunales nacionales e internacionales referida al alcance restrictivo y excepcional de la Justicia Penal Militar, el Congreso de la República está tramitando un nuevo proyecto de ley encaminado a reestructurar la justicia penal militar que contiene disposiciones que desconocen, tanto los pronunciamientos constitucionales en la materia, como los instrumentos internacionales de derechos humanos que el Estado colombiano debe respetar, en virtud de su ratificación e incorporación al bloque de constitucionalidad.

En relación con la iniciativa política que acompaña a esta iniciativa legislativa debe decirse que la transición de la justicia penal militar al sistema penal acusatorio es un factor clave para su modernización. El desarrollo adecuado de la justicia castrense es fundamental para el funcionamiento de la Fuerza Pública, y el proyecto 085 de 2013, acierta en la finalidad de facilitar el proceso de reestructuración de la JPM.

No obstante, es necesario delimitar el contenido de varias de sus disposiciones para que la reforma sea compatible con la Constitución Política y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. En consecuencia, el alcance del fuero militar debe analizarse a la luz de las obligaciones internacionales de Colombia tanto en materia de administración de justicia como frente al deber de garantía del Estado en casos de violaciones a los derechos humanos. A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha advertido que:

*“(…) (E)n un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el*

<sup>2</sup> Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia durante el año 2012, especialmente párrafos 79 a 84. En:

<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe2012.pdf>

<sup>3</sup> Corte Constitucional Expediente PE-039- Sentencia C-388 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”<sup>4</sup>.*

La ONU Derechos Humanos destaca que una justa y adecuada regulación de los tribunales militares, acorde al derecho internacional de los derechos humanos, es esencial para una correcta administración de justicia, una plena vigencia del derecho a un juicio justo así como para erradicar la impunidad de las violaciones a los derechos humanos. Es por ello que considera que el proyecto de ley en curso debe ser revisado por el Congreso a la luz de las obligaciones internacionales del Estado, de manera que garantice efectivamente, tanto los derechos de los miembros de la fuerza pública procesados por faltas típicamente militares en el marco de los procedimientos excepcionales de su competencia, como el principio de juez natural frente a aquellos delitos que deben ser investigados por la justicia ordinaria.

Debe destacarse, finalmente, que un número significativo de países de las Américas<sup>5</sup> han incorporado regulaciones constitucionales que reconocen el carácter restrictivo y excepcional de la Justicia Penal Militar de conformidad con los estándares del derecho interamericano. Estos países han delimitado su ámbito de competencia funcional a delitos exclusivamente militares relacionados con el servicio cuya aplicación se reserva de manera exclusiva a los miembros de la Fuerza Pública (militares o policiales). Igualmente han establecido que la Justicia Penal Militar en ningún caso se puede extender a personas que no se encuentren en servicio activo.<sup>6</sup>

## II. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY

El Proyecto de Ley 85 de 2013 fue presentado por el Ministerio de Defensa, aprobado en segundo debate en el Senado, y en la presente legislatura continuará su trámite en la Cámara de Representantes. Esta propuesta legislativa contiene aspectos sustanciales y formales que reviven las disposiciones contenidas tanto en el Acto Legislativo N° 2 y en el proyecto de ley estatutaria sobre el fuero penal militar que ya fueron declarados inexecutable. Sus disposiciones ponen en riesgo la independencia y la imparcialidad del poder judicial; extienden el fuero penal militar a delitos que no hacen parte de la naturaleza del servicio; desbordan la protección de bienes jurídicos relacionados con los intereses militares; y permiten la aplicación de dispositivos de renuncia a la acción penal como el principio de oportunidad en el ámbito de la justicia penal militar. En relación con estas problemáticas el Comité de Derechos Humanos<sup>7</sup> del PIDCP advirtió,

<sup>4</sup> Ver, Corte IDH, Casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006); Palamara Iribarne vs. Chile (2005); Palamara Iribarne 2004); Las Palmeras vs. Colombia (2001); Lori Berenson vs. Perú; Cantoral Benavides vs. Perú (2000); La Cantuta vs. Perú (2006); Escué Zapata vs. Colombia (2007).

<sup>5</sup> Al respecto, véanse las constituciones políticas de El Salvador (Art.216); Paraguay (Art. 174); Perú (173); Uruguay (Art. 253); Venezuela (261); Brasil (Art. 124). Sobre el caso de la reciente reforma a la Justicia Penal Militar en Argentina véase: Filippini Leonardo; Tchrian, Karina (2010): “El nuevo sistema de justicia militar argentino. Comentario a la Ley 26394”. En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, volumen xxxi, número 91, julio-diciembre.

<sup>6</sup> Artículo 90 Constitución Política de Honduras; Artículo 13 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>7</sup> CCPR/C/107/2 Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 30 de abril de 2013.

*“las medidas adoptadas son contrarias a las recomendaciones del Comité: la reforma de la justicia penal militar aprobada el 27 de diciembre de 2012 pone en entredicho los progresos realizados por el Gobierno para garantizar que las violaciones de los derechos humanos cometidas por las fuerzas del orden sean objeto de una investigación de conformidad con los principios de un juicio imparcial y que la responsabilidad de los autores sea constatada. El ámbito de intervención de la justicia penal militar debe limitarse estrictamente a los actos militares cometidos por el personal en servicio activo”.*

Debe reiterarse, que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, los derechos y deberes consagrados en ella deben interpretarse *de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*, por lo que al adoptar disposiciones normativas, al aplicarlas y al fijar judicialmente sus alcances, las autoridades nacionales han de tener siempre en cuenta los instrumentos internacionales universales y regionales, así como la doctrina y la jurisprudencia adoptadas por los órganos internacionales competentes para interpretar la naturaleza, el contenido, la extensión y el valor jurídico de normas pertenecientes al ordenamiento internacional positivo y aún de las reglas del derecho consuetudinario.

La Oficina considera que el proyecto de Ley 085 contraviene los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en la medida en que muchas de sus disposiciones son abiertamente contrarias a las normas internacionales que regulan, entre otros temas, el uso de la fuerza y la administración de justicia en cualquier Estado democrático.

Sin perjuicio de las observaciones que siguen sobre el proyecto de Ley 085 de 2013, las preocupaciones más amplias de la Oficina frente a su espíritu y enfoque global se pueden resumir en los siguientes puntos:

1. El proyecto contiene una noción distorsionada del derecho internacional humanitario que, en vez de promover su aplicación como marco de protección mediante prohibiciones para la guerra tal y como lo prevén los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, construye licencias a favor de una de las partes en el conflicto –las fuerzas militares y la policía– y se utiliza como marco de referencia para justificar o exculpar comportamientos que pueden implicar responsabilidades penales, lo que va en contravía del propio derecho internacional humanitario.
2. Por otra parte, desconoce el principio del juez natural y amplía indebidamente el alcance de la justicia penal militar, toda vez que esta es una dependencia administrativa adscrita al poder Ejecutivo. Se reitera aquí la doctrina de la H. Corte Constitucional:

*“la justicia penal militar y la jurisdicción indígena se encuentran autorizadas constitucional y legalmente para administrar justicia de manera excepcional, pero, como ha señalado*

*insistentemente la jurisprudencia, dichas autoridades no hacen parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial del Poder Público (...) la (justicia) penal militar y la indígena ejercen función jurisdiccional pero no hacen parte de la rama judicial<sup>8</sup>.*

3. El proyecto de Ley le asigna a la Justicia Penal Militar el conocimiento de los delitos que rompen claramente con la función del servicio y deben ser de competencia exclusiva de la justicia ordinaria. Adicionalmente, modifica el Código Penal Militar otorgando competencia para conocer por regla general las infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En este sentido, debe recordarse que la H. Corte Constitucional ha señalado que:

*“(...) a diferencia de la finalidad del fuero de los miembros del Congreso de la República, que busca “constituir un privilegio protector de la investidura, y asegurar al máximo la independencia en el juicio”<sup>9</sup>, “no puede entenderse el fuero militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia”<sup>10</sup>.*

Es por ello que en la reiterada jurisprudencia constitucional de la citada Corte se establece como exigencia, para la concreción del fuero: *“que los comportamientos tengan relación directa con una legítima misión o tarea militar o policiva”,* razonamiento este que *“obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental”<sup>11</sup>.*

En el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado que *“cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia tanto del imputado como de la víctima”<sup>12</sup>.*

A pesar de estos claros mandatos, el proyecto establece que los juzgados militares o policiales especializados tienen bajo su órbita de competencia el conocimiento de delitos que, por su naturaleza, no tienen relación con el servicio y que deberían ser investigados de manera exclusiva por la justicia ordinaria, como los delitos contra la fe pública o contra la administración pública.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C-713/08 Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, 15 de julio de 2008.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-545 de mayo 28 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-141 de 1995, previamente citada.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-141 de 1995, previamente citada.

<sup>12</sup> Corte IDH, caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004, párr. 167; Las Palmeras. Sentencia del 6 de diciembre de 2001, párr. 52; Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 112.

4. El proyecto de ley extiende el fuero penal militar en razón de la calidad del sujeto y no de la función que el servidor público desempeña en las fuerzas de seguridad del Estado. Sus normas proponen que el fuero sea aplicable tanto a los integrantes de la Fuerza Pública en servicio activo, como a los que se encuentran en retiro, así como a los civiles o no uniformados que desempeñen cargos en la justicia penal militar.
5. El proyecto introduce nuevas instituciones a la administración de justicia que rompen la igualdad ante la ley de los sujetos procesados por la comisión de un delito (Fiscalía General Penal Militar, Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial y los Juzgados Penales Militares o Policiales de Conocimiento Especializado), y sustituyen las competencias constitucionales exclusivas que fueron asignadas a la Fiscalía General de la Nación en materia de persecución de los delitos. De la misma manera, la existencia de un cuerpo autónomo de investigación va en contravía de los preceptos constitucionales que establecen que las fuerzas de seguridad del Estado no pueden cumplir funciones de policía judicial. Adicionalmente, y sin que tenga unidad de materia con la regulación legislativa, el proyecto modifica la conformación del Consejo Nacional de Policía Judicial y el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria.
6. El proyecto incorpora figuras procesales de la justicia pena ordinaria para suspender y renunciar a la acción penal. Así, permite la aplicación del principio de oportunidad a pesar de que la Constitución Política atribuye esta potestad exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación. Otra figura incorporada es la suspensión del procedimiento a prueba.

La falta de claridad en la redacción de las causales de aplicación de ambos mecanismos, facilitan su eventual utilización en casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por integrantes de la Fuerza Pública. En el caso del principio de oportunidad se quebranta la exigencia de un control judicial, pues quien lo ejerce es un organismo que depende de manera clara de la rama ejecutiva.

Por otra parte debe advertirse que a pesar de la doctrina constitucional que reconoce el debido proceso a los imputados y a las víctimas, la regulación de las figuras mencionadas no contempla una participación adecuada de las víctimas y sus representantes judiciales.

7. Finalmente debe advertirse con preocupación que la redacción anfíbológica de las normas relativas a la competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio pueden dar lugar a un traslado de los procesos penales de la justicia ordinaria a la justicia penal militar. Debido a la extensión de la competencia de la justicia penal militar, los casos que configuran violaciones graves de los derechos humanos y que aún no han llegado a la etapa de juicio, podrían ser solicitados por los Fiscales y Juzgados Penales Militares argumentando el ejercicio de su competencia.

En lo que sigue se presenta un análisis detallado de las preocupaciones descritas anteriormente.

## II.1. Naturaleza del fuero penal militar

Desde la década de los 80, los sistemas internacionales –tanto regionales como universal- se han referido al tema de los tribunales militares, sus facultades, límites y naturaleza excepcional, tanto a través de pronunciamientos de los órganos convencionales de supervisión y de los procedimientos especiales, como mediante el impulso y adopción de instrumentos específicos (tratados, resoluciones, declaraciones y recomendaciones), configurando un amplio *corpus juris* con el que hoy cuenta la comunidad internacional, a favor de la realización del derecho a la justicia y de la lucha contra la impunidad, particularmente, tratándose de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

Es preciso recordar que ya en septiembre de 2005 la Oficina en Colombia se pronunció sobre la investigación y el juzgamiento de conductas punibles constitutivas de graves violaciones de los derechos humanos o de crímenes de guerra. En esa oportunidad se sintetizaron los siguientes estándares derivados de diversos órganos y mecanismos internacionales de derechos humanos:

1. Los tribunales militares deben reservarse exclusivamente para administrar justicia con respecto a los miembros de las fuerzas armadas que hayan cometido delitos castrenses, y de esta categoría han de excluirse, de modo claro y explícito, las violaciones graves de los derechos humanos.
2. Las violaciones graves de los derechos humanos deben ser de competencia de los tribunales ordinarios.
3. Habida cuenta de la estructura jerárquica de las fuerzas armadas, institución fundada en principios de lealtad y subordinación, los oficiales en servicio activo carecen de la independencia y la imparcialidad necesarias para juzgar a miembros de la misma institución implicados en violaciones de los derechos humanos cometidas contra civiles.
4. Es obligación del Estado hacer que las personas a las cuales se atribuyen graves violaciones de los derechos humanos sean juzgadas por tribunales ordinarios y no por tribunales militares.
5. Es inadmisibles dar al concepto de delitos relacionados con el servicio una extensión que permita a la jurisdicción militar conocer de delitos comunes.

Respecto de los delitos cuyo conocimiento no corresponde a la jurisdicción penal militar, expresó la Oficina que *“de lo preceptuado en los instrumentos internacionales y de lo sostenido por la interpretación autorizada de los mismos, se colige que en caso alguno deben ser investigados y juzgados por la jurisdicción penal militar los delitos constitutivos de graves violaciones de los derechos humanos y de crímenes de guerra”*.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha señalado en reiteradas oportunidades que la competencia de la justicia penal militar depende de dos elementos que deben presentarse de forma simultánea, uno personal y otro funcional. Frente al aspecto funcional ha indicado que el Código

Penal Militar puede remitir a la legislación penal ordinaria o trasladar literalmente los tipos penales ordinarios no considerados expresamente, pero que pueden eventualmente ser violados por parte de los miembros de la fuerza pública siempre que se determine como elemento del tipo la relación directa del supuesto criminal con la prestación del servicio militar o policial.<sup>13</sup> Dijo ese alto tribunal:

*“Hacer caso omiso de la relación funcional o relajarla hasta el punto de que por ella pueda entenderse todo lo que ocurra mientras se adelanta una acción emprendida por miembros de la fuerza pública o todo aquello que se siga de su actuación, como se desprende de las expresiones examinadas, conduce inexorablemente a potenciar sin justificación alguna el aspecto personal del fuero militar.”<sup>14</sup>*

### II.1.1. Aspecto funcional

El proyecto de ley 085 de 2013 extiende de forma injustificada la competencia para conocer de delitos que protegen bienes jurídicos diferentes al orden militar. La jurisprudencia nacional ha definido durante décadas la noción de “relación con el servicio” de manera restrictiva y ha enfatizado condiciones precisas cuando el vínculo con el servicio se rompe<sup>15</sup>. La formulación propuesta en el proyecto invierte la lógica y busca ofrecer un ropaje funcional a los distintos acontecimientos que tengan lugar en el servicio y cuando se encuentre en retiro.

La Oficina recuerda que durante el trámite del proyecto de Código Penal Militar<sup>16</sup> se presentaron las siguientes objeciones presidenciales con relación a la competencia de la justicia penal militar:

*“Para el Gobierno, el texto aprobado es idéntico al examinado mediante la Sentencia C-878 del 12 de julio de 2000, en la cual la Corte Constitucional señaló que era exequible “...en el entendido que los delitos en el enunciados, no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues 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”. Agregó el entonces Presidente de la República que: “Las violaciones de derechos humanos y las infracciones del derecho internacional humanitario son contrarias a la misión constitucional y legal de la fuerza pública y por lo tanto deben estar excluidas del fuero militar”. ”<sup>17</sup>*

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia C-358/97, 5 de agosto de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia C-358/97, 5 de agosto de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-878/00, 12 de julio de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>15</sup> La jurisprudencia constitucional ha sido muy clara en materia de la relación con el servicio y de la actuación en caso de dudas sobre dicha relación. Ver, entre otras, los pronunciamientos de la Corte en las sentencias C-358/97, C-361/01, C-368/00, T-806/00, SU-1184/01 y C-533/08.

<sup>16</sup> Proyecto de ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, “Por la cual se expide el Código Penal Militar”.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia C-533/08, 28 de mayo de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-533 de 2008 declaró fundadas las objeciones presidenciales bajo el fundamento que además de la exclusión de delitos que contenía el texto del proyecto “*quedaban excluidos de la competencia de la jurisdicción penal militar los delitos de lesa humanidad, los que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional con el servicio.*”<sup>18</sup> Por esta circunstancia, el proyecto fue devuelto al Congreso para corregir esta disposición. Posteriormente, fue aprobada la Ley 1407 de 2010- Código Penal Militar- considerando esta restricción.

El proyecto de ley 085 que aquí se estudia desconoce este antecedente y la postura que en su momento tuvo la máxima autoridad del poder ejecutivo debido a que modifica la competencia establecida en el Código Penal Militar, en la medida en que en esa ley se excluía expresamente el conocimiento de infracciones al DIH. Es importante recordar que el DIH no fue creado para que el esfuerzo bélico se realice con mejores o más eficaces métodos, sino que procura establecer límites para proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que dejan de hacerlo.

El DIH no es permisivo. No autoriza comportamientos o conductas en el ámbito de la guerra. Por el contrario, sus normas constituyen un catálogo de **prohibiciones** que protegen a las personas y bienes. En consecuencia, su utilización como marco legal que rige la investigación, la acusación y el juzgamiento penales implica una distorsión y una amplificación impropia de su razón de ser en el ámbito del derecho internacional.

Con la incorporación en el proyecto de ley de una disposición del Acto Legislativo N° 2 - se permite que todas las infracciones al DIH, ya sean estas graves o no, puedan ser conocidas por la Justicia Penal Militar. Como se verá a continuación, solo en apariencia se hace una exclusión de algunos delitos que constituyen violaciones a los derechos humanos y que en la práctica podrían ser conocidos por esta jurisdicción.

Como es sabido, los crímenes internacionales de “ejecuciones extrajudiciales” o “violencia sexual”, no están tipificadas en el ámbito interno con estos *nomen iuris*, dado que sus bienes jurídicos se hayan protegidos a través de otras figuras típicas. Por ejemplo, la ejecución extrajudicial es una modalidad de violación grave de los derechos humanos que se encuentra subsumida en varios tipos penales existentes en el derecho penal nacional como el homicidio agravado (Código Penal, artículos 103 y 104), o el homicidio en persona protegida (Código Penal, artículo 135). La figura del homicidio en persona protegida cobija las situaciones en las que la muerte fue cometida en contra de una persona que amerita protección según el DIH, por ejemplo, un miembro de una guerrilla que ha sido puesto fuera de combate.

---

<sup>18</sup> Ibid.

Ello explica porque con esta propuesta normativa la competencia de la justicia penal militar se extenderá al conocimiento de infracciones al DIH y a las violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia se hace evidente cuando se analiza que en el caso de los delitos contra la población civil (como el saqueo y la devastación) considerados crímenes de guerra, la justicia penal militar tendrá conocimiento casi exclusivo cuando sean cometidos por miembros de las FFAA.

Puede concluirse entonces que si bien las exclusiones contenidas en la determinación de la competencia tienen la finalidad de prevenir el conocimiento de la justicia penal militar sobre casos de esta naturaleza, el proyecto no incluye una cláusula general que establezca que los asuntos de su conocimiento se deben limitar a los delitos que tengan relación con el servicio, siempre que tutelen objetos jurídicos estrictamente militares.

### II.1.2. Aspecto personal

El proyecto de ley 085 de 2013 hace extensiva la competencia de la jurisdicción militar a personal civil o no uniformado que desempeñe cargos en la Justicia Penal Militar o Policial y a militares en situación de retiro, no reservándola estrictamente para militares en servicio activo. La jurisprudencia internacional ha indicado en múltiples oportunidades que los militares en situación de retiro, no ejercen funciones particulares de defensa y seguridad exterior que justifiquen su enjuiciamiento en el fuero militar del Estado.<sup>19</sup>

Esta disposición desconoce abiertamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre la materia, así como las normas y la jurisprudencia internacional, constituyéndose en un inexplicable retroceso que genera profundos cuestionamientos. La constitución política exige un trato igual para todas las personas que son acusadas de cometer las conductas que el legislador ha definido como delitos. La creación de reglas especiales para un grupo de servidores públicos introduce arbitrariedad en la administración de justicia. La atribución de competencia con base únicamente en el aspecto personal del fuero militar instituye tratos preferenciales y especialísimos, que no están justificados y generan discriminación: si el individuo que cometió un delito (prácticamente cualquier infracción) es un militar activo, su juez podría ser distinto al de cualquier otro ciudadano que se encuentre en las mismas condiciones.

Como servidores públicos los miembros de la Fuerza Pública están sometidos a un nivel de cuidado más elevado que el de un ciudadano ordinario: De aquí que el estándar para determinar su responsabilidad, por acción u omisión, no sea el de la información *de la que disponía*, sino de la que debía disponer en virtud de su posición de garante de la vida y la integridad de los ciudadanos<sup>20</sup>. Debe recordarse que el miembro de la Fuerza Pública puede tomar decisiones que eventualmente

<sup>19</sup> Corte IDH, Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2009, serie C No. 207, párr.115.

<sup>20</sup> Código Penal, Ley 599 de 2000, artículos 20 y 25.

conducen a la muerte de personas, razón por la cual se exige de ellos un mayor control de las fuentes que pueden poner en riesgo los derechos de los habitantes de todo el territorio nacional.

Aunque la comisión de estas violaciones debería tener un mayor rechazo social, la condición militar parece traducirse en un beneficio según lo consagra el proyecto de ley. Este contribuye a la creación de un “blindaje” de los miembros de la Fuerza Pública en contra de cualquier investigación adelantada por parte de la FGN, al ampliar la competencia material a la justicia penal militar.

## II.2. Sustitución de la Constitución Política

La modificación de la estructura de la jurisdicción penal militar, particularmente, la creación de la figura del fiscal general militar y policial constituye una sustitución de la Constitución Nacional en la medida en que dicha figura usurpa parte de las competencias otorgada por el artículo 250 de la misma a la Fiscalía General de la Nación. La norma de normas establece que la labor de investigación del Estado reposa de manera exclusiva en la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual todos los ciudadanos, incluyendo militares en uso de retiro, están sometidos a esta regla. Así mismo, la disposición constitucional indica que corresponde a la Fiscalía coordinar las funciones de Policía Judicial que cumplen los organismos que señale la ley, y participar en el diseño de la Política criminal. Solo se encuentra excluida de esta norma general la investigación de delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

El proyecto de ley atribuye funciones que son propias de los órganos judiciales ordinarios a los organismos de la justicia penal militar. Particularmente, son contrarias a los principios de imparcialidad e independencia del poder judicial las atribuciones que se pretende otorgar a la Fiscalía General Penal Militar, el Cuerpo Técnico de Investigación Penal Militar y los Jueces Penales Militares de Conocimiento Especializado, quienes adelantarían las investigaciones y el juzgamiento de los integrantes de la Fuerza Pública que cometan delitos comunes e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, tal y como se dispone en los artículos 8, 21, 33, 42 del proyecto.

La Justicia Penal Militar es una entidad que depende del Ejecutivo y tiene su *origen y razón de ser en la Fuerza Pública*. Indudablemente, la JPM es una entidad muy importante para el correcto desarrollo de las funciones de las fuerzas militares, pero estructuralmente no es una entidad que sea apta para administrar justicia frente a hechos delictivos ajenos a la función militar, entre otras razones, por su dependencia funcional del poder Ejecutivo.

La autonomía de la justicia está determinada por su posición como poder independiente. La autonomía no puede ser declarada; necesita responder a una estructura que la garantice en dos dimensiones, la institucional y la personal. La declaración de origen e intención contenida en este proyecto ilustra el problema y los conflictos de intereses que se suscitan de la ampliación de la

competencia de la JPM, como dependencia del poder Ejecutivo, a conductas que rebasan las consideradas como faltas militares.

Debe recordarse que la separación de poderes es un principio básico que tiene consecuencias profundas en cómo se estructuran los órganos que están facultados para administrar justicia. Si el principio no tiene reflejo en la estructura del Estado y no se garantiza la independencia y autonomía de las instituciones que pueden administrar justicia, nada de lo que se haga para garantizar la independencia y autonomía del personal que conforma la institución puede remediar la falta de independencia y autonomía institucional.

La autonomía e independencia de los órganos que administran justicia radica en las garantías institucionales y personales para el ejercicio independiente de la función. La naturaleza de la JPM como dependencia del Ministerio de Defensa impide que esos valores se materialicen en garantías institucionales. No es posible garantizar la autonomía e independencia personal si no existen garantías institucionales que respalden el ejercicio de administrar justicia.

Es por ello que la competencia de la JPM debe estar estrictamente limitada a los delitos típicos del servicio. De lo contrario, se afectan principios básicos de la administración de justicia, incluyendo el del juez natural. En efecto, la Fiscalía General Penal Militar asumiría las funciones de la Fiscalía General de la Nación establecidas en el artículo 250 de la Constitución Política Colombiana cuando lo considere pertinente, ya sea por el conocimiento que le otorga el artículo 8 del proyecto de ley para conocer estos delitos, o por vía del artículo 171 de la ley 1407 de 2010 (Código Penal Militar) que otorga una competencia general para investigar delitos comunes cuando estos se realicen en servicio o con ocasión del mismo.

La misma facultad sería atribuida al Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, que contaría con funciones de Policía Judicial. Es importante considerar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de Tribunales internacionales ha advertido reiteradamente que dichas funciones no pueden ser otorgadas a los militares porque se encuentra expresamente prohibido en el artículo 250.3 de la Constitución: *“Atribuir a un organismo de origen constitucional competencias que pueden desvirtuar su estructura y sus objetivos principales, causa grave daño a la legitimidad del Estado que la Constitución auspicia y promueve”*<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia C-179/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido ver las sentencias C-251/02, 11 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas, sentencia C-1024/02, 26 de noviembre de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, sentencia C-404/03) de mayo de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Por su parte, la creación de los Juzgados Penales Militares o Policiales de Conocimiento Especializado evidencia el interés por investigar delitos que no guardan relación con la prestación del servicio de seguridad y defensa del Estado y que no protegen bienes jurídicos de orden militar<sup>22</sup>. Además, los jueces que ocuparían esos cargos serán oficiales con rango de Oficial Superior en servicio activo o en uso de retiro de la Fuerza Pública que acrediten una experiencia mínima de 5 años, (rango igualmente requerido para los Fiscales Penales Militares delegados ante estos jueces). Esto muestra la falta de independencia de la judicatura militar, ya que de acuerdo a la norma propuesta, serían los mismos integrantes de la Fuerza Pública quienes investigarían delitos ordinarios.

Finalmente y como ya se advirtió, el proyecto, argumentando la modernización de la JPM, modifica la conformación del Consejo Nacional de Policía Judicial y el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, escenarios propios de la justicia ordinaria y que no guardan unidad de materia legislativa con el proyecto de ley.

### **II.3. Impacto de figuras procesales sobre suspensión y renuncia de la acción penal y los derechos de las víctimas (Aplicación del principio de oportunidad y suspensión del procedimiento a prueba)**

El Acto Legislativo No.3 de 2002 introdujo cambios en la Constitución Política colombiana para la implementación del Sistema Penal Acusatorio, entre los que se encuentra el reconocimiento constitucional del principio de oportunidad. El texto constitucional señala que la Fiscalía General de la Nación está en la obligación de impulsar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delitos. Por regla general, 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. Sin embargo, de manera expresa se excluyó del ámbito de aplicación a los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación el mismo servicio<sup>23</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado que el principio de oportunidad está definido por las siguientes características<sup>24</sup>:

1. Es una figura de aplicación excepcional mediante la cual la Fiscalía General de la Nación y sus delegados tiene la posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal.

<sup>22</sup> Artículo 8º. *De los Juzgados Penales Militares o Policiales de Conocimiento Especializado*. Los juzgados penales militares o policiales de conocimiento especializado, conocen de: 1. Homicidio. 2. Infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario. 3. Delitos contra la protección de la información y de los datos. 4. Delitos contra la fe pública. 5. 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. 6. Delitos contra la seguridad pública. 7. Delitos contra la seguridad de la Fuerza Pública. 8. Delitos contra la población civil. 9. Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado.

<sup>23</sup> Artículo 250 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

2. Las causales para su aplicación deben ser establecidas de manera clara e inequívoca.
3. Debe ser aplicado bajo el marco de la política criminal del Estado.
4. Su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías.

De allí se desprende que el principio de oportunidad tiene el carácter de excepcional y reglado<sup>25</sup>.

El artículo 250 de la Constitución Política, faculta de manera exclusiva a la Fiscalía General de la Nación para conceder el principio de oportunidad. Es inadmisibles que esta disposición constitucional pueda ser interpretada en el sentido de que la JPM tenga también la posibilidad de suspender, interrumpir ni renunciar a la investigación de delitos que le correspondan a su competencia. En este sentido debe recordarse que la jurisprudencia constitucional ha determinado que el *“Acto Legislativo 03 de 2002 no modificó los criterios sentados por la Corte en la sentencia C-358 de 1997, para delimitar las competencias entre la justicia ordinaria y la justicia penal militar.”*<sup>26</sup> De este modo, la reforma constitucional que introdujo el principio de oportunidad es de aplicación exclusiva de la justicia ordinaria y no puede extenderse a la justicia penal militar.

Debido a que el principio de oportunidad tiene carácter excepcional y reglado, está regulado bajo requisitos esenciales para su aplicación, entre los que se encuentra el control judicial de legalidad por parte del juez de control de garantías. Bajo esa perspectiva, se exige que la Judicatura ejerza la verificación de las circunstancias mediante las cuales, la Fiscalía General de la Nación y sus delegados sustentan su aplicación. Por ello, la inclusión del principio de oportunidad en el procedimiento de la justicia penal militar configura una vulneración flagrante al artículo 250 de la Constitución Política. La justicia castrense no hace parte integrante de la Rama Judicial, dado que es un órgano que depende directamente del Poder Ejecutivo, razón por la cual, se encuentra en la imposibilidad de realizar el control judicial tal como lo prescribe la Constitución.

Desde una perspectiva analítica es posible advertir que el procedimiento para dar aplicación al principio de oportunidad contenido en el proyecto legislativo 085 de 2013, reproduce en gran medida las formas contenidas en el Código de Procedimiento Penal. No obstante, dicha circunstancia no hace que de manera automática se pueda entender que el control que radica en cabeza del juez penal militar o policial de control de garantías, pueda ser equiparado, sin más, al control judicial que realiza por el juez ordinario con función de control de garantías.

Ciertamente, el legislador cuenta con amplias facultades de configuración legislativa, pero debe garantizar la observancia plena de los preceptos constitucionales. En ese sentido, las disposiciones relativas al principio de oportunidad contenidas en el proyecto de ley 085 superan la autonomía legislativa y desconocen que el Poder Ejecutivo no tiene la posibilidad de ejercer el control judicial.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>26</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

### II.3.1. Principio de oportunidad y violaciones de los derechos humanos

Debido a la necesidad de asegurar la investigación y el juzgamiento de las violaciones de los derechos humanos y la vigencia de un orden justo, el poder legislativo tiene libertad para la configuración legislativa pero tiene que respetar parámetros de “racionalidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la persecución penal”<sup>27</sup>. Estos se expresan en límites para la configuración de las causales de aplicación de la oportunidad penal, que se encuentran en los fines esenciales del Estado y en los compromisos internacionales sobre el acceso a la administración a la justicia y cumplimiento efectivo de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral contenidos en el derecho internacional. Por esta razón, no puede renunciarse a la acción penal en este tipo de delitos<sup>28</sup>.

La competencia extensiva que le asigna el proyecto a la justicia penal militar, que permite que pueda conocer de infracciones al DIH y violaciones a los derechos humanos, impiden que pueda aplicar el principio de oportunidad a estos casos. La Corte Constitucional ha sido enfática en manifestar que de acuerdo a las disposiciones constitucionales y los compromisos emanados de los tratados internacionales no se puede renunciar a la persecución penal en casos de esta naturaleza. Con relación a este aspecto, la Corte Constitucional ha expresado que:

*“Así pues, a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el Congreso de la República debe considerar que, tanto de la Constitución como de los compromisos internacionales de Colombia, emanan obligaciones en materia de protección de los derechos de las víctimas de los delitos. Estos mandatos constitucionales y estas obligaciones internacionales relativos a los derechos de las víctimas tienen que ser ponderados con los intereses estatales de racionalización de la persecución penal, que subyacen bajo la consagración constitucional del principio de oportunidad penal. Ciertamente, una interpretación sistemática de la Carta implica aceptar que la conciliación entre los principios de celeridad y eficacia en la administración de justicia no puede dejar de lado la protección de los derechos fundamentales, que obran simultáneamente como límites al diseño legal de las causales y también a la aplicación misma del principio de oportunidad.*”

*24. Los estándares internacionales establecidos en materia de derechos de las víctimas de los delitos, en particular de las graves violaciones de derechos humanos y la serias infracciones al*

<sup>27</sup> “A manera de resumen de lo dicho hasta ahora, se tiene que (i) en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de racionalidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal; (ii) no obstante, respecto de la naturaleza de los delitos frente a los cuáles puede operar el principio de oportunidad penal, por razones que tocan con la dignidad humana, el legislador encuentra un límite explícito en los compromisos internacionales de perseguir las más graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario (iii) finalmente, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone diseñar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse.” Sentencia C-095 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>28</sup> Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

*derecho internacional humanitario, han sido incorporados en el orden jurídico colombiano a través de la figura del bloque de constitucionalidad (Art. 93), y constituyen hoy en día un marco referencial insoslayable para el diseño de la política pública en materia penal.*

*Los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario establecen los siguientes deberes del estado en relación con la víctimas de violaciones a sus mandatos: (i) garantizar recursos accesible y efectivos para reivindicar sus derechos; (ii) asegurar el acceso a la justicia; (iii) investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y (iv) cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derecho humanos.”*

Una lectura sistemática de las disposiciones contenidas en el proyecto de reforma a la JPM sobre principio de oportunidad y el actual Código Penal Militar evidencia que no se incluyen de manera clara y precisa las causales para la aplicación de este principio, en especial, porque su implementación puede dar lugar a que este mecanismo ampare la impunidad en casos de violaciones a los derechos humanos.

A pesar de la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional el proyecto de ley (artículo 115), no incluyo una cláusula que excluyera de manera explícita de la aplicación del principio de oportunidad a los hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio<sup>29</sup>.

La falta de una delimitación clara y unívoca del alcance del principio de oportunidad, puede dar lugar a una aplicación arbitraria por parte de la justicia penal militar respecto de delitos que fueron incluidos el Código Penal Militar, sin tener ningún nexo con el servicio como ocurre con los delitos contra la población civil y la administración pública. Así como también sobre cualquier clase de delito común que cometan los miembros de la fuerza pública, dado que de conformidad con el artículo 171 del Código Penal Militar extendió su competencia para conocer sobre los mismos.

En resumen, es de suma preocupación que en caso de aprobarse el proyecto 085 de 2013 la justicia penal militar pueda implementar el principio de oportunidad sobre a) delitos que pueden configurar violaciones graves de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario; b) a la administración pública y; c) a delitos de naturaleza común que son conocidos por la extensión del fuero penal militar. Esta circunstancia atenta contra la independencia del poder judicial y despoja a la Fiscalía General de la Nación de la persecución penal de estos crímenes, lo que profundizaría la impunidad en casos relacionados con miembros de la fuerza pública.

<sup>29</sup> De conformidad con lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia de C-936 de 2010 Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

### II.3.2. Suspensión del procedimiento

La propuesta de proyecto consagra también la suspensión del procedimiento prueba a solicitud del imputado o acusado, para lo cual es necesario que exprese un plan de reparación del daño y las condiciones a las que estaría dispuesto a someterse. La ONU Derechos Humanos considera que este mecanismo no garantiza el debido proceso y la participación adecuada de las víctimas dado que solo establece que éstas deberán ser consultadas, pero no desarrolla un procedimiento mediante el cual la aprobación o no del plan propuesto por parte de la víctima sea determinante para la aceptación decisión por parte de la Fiscalía Penal Militar y Policial.

Así mismo, la disposición no consagra la posibilidad de que la víctima o su representante puedan impugnar la decisión proferida por el Juzgado Penal Militar o Policial de Control de Garantías, mediante el cual puedan manifestar su inconformidad con el plan, ya que la Fiscalía es la única que tiene la potestad exclusiva para aprobar o modificar el plan. Adicionalmente, el proyecto establece que si se reanuda el procedimiento los hechos que hayan sido admitidos por parte del imputado en el marco del plan no podrán ser utilizados como prueba de culpabilidad, circunstancia que erosiona los derechos de las víctimas. Ésta no solo se ve obligada a aceptar el plan que la Fiscalía apruebe, sino que la información que suministre el imputado bajo la suspensión del procedimiento tampoco vincula su responsabilidad penal ante el escenario de la reanudación del procedimiento.

Tampoco se fijan condiciones claras sobre los delitos frente a los cuales es procedente su aplicación, por lo que sería posible que este beneficio también fuera aplicado a casos de violaciones a los derechos humanos conocidos por la justicia penal militar. A pesar de que varias de las condiciones que se deben cumplir por parte del imputado durante la suspensión hacen relación a la reparación integral a las víctimas, ello no asegura que las medidas aprobadas por la Fiscalía sean congruentes con las aspiraciones de verdad, justicia y reparación de las víctimas.

Una vez concluido el período de prueba de la suspensión, previa verificación de las condiciones la Fiscalía Penal Militar, esta podrá solicitar el archivo ante el Juzgado Penal Militar de Control de Garantías. Frente a la aceptación de la decisión de archivo no se garantiza un recurso mediante el cual las víctimas o sus representantes puedan oponerse a la decisión que adopte el Juzgado debido a que la petición de la Fiscalía se resuelve de plano; únicamente se les permite controvertir la prueba que haya sido presentada por la Fiscalía.

El procedimiento de control judicial establecido para principio de oportunidad, que también es aplicable a la suspensión, adolece de mecanismos efectivos de participación de las víctimas que garanticen la exigibilidad de sus derechos.

La Corte Constitucional<sup>30</sup> y los Tribunales internacionales de derechos humanos han consolidado una sólida jurisprudencia sobre la necesidad de brindar una protección judicial efectiva a las

<sup>30</sup> Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002; sentencia C-454 de 2006; sentencia C-516 de 2007; sentencia C- 209 de 2007.

víctimas en el proceso penal. Sin embargo, en el marco del principio de oportunidad y la suspensión del procedimiento a prueba, dicha participación se restringe a que la Fiscalía Penal Militar tenga en cuenta sus intereses y a la controversia sobre pruebas en la audiencia de control por parte del juez de control de garantías. Lo que no se encuentra en correspondencia deber de brindar mecanismos adecuados de participación a la víctima. Por ello, la aprobación del proyecto de ley 085 implicaría un grave retroceso en el reconocimiento jurisprudencial de los derechos de las víctimas en el marco de los procesos judiciales, a la luz de la jurisprudencia nacional y de los compromisos asumidos por el Estado Colombiano.

Finalmente, y dada la importancia que tiene el proyecto de Ley 085 de 2013 para el desarrollo adecuado de la funciones de la Fuerza Pública y la necesidad de ajustar algunas de sus disposiciones a la Constitución Política y a los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, la ONU Derechos Humanos manifiesta su interés y disponibilidad para asesorar el proceso de reforma de la justicia penal militar.