

APUNTES GENERALES SOBRE EL PROYECTO DE ACTO
LEGISLATIVO 16 DE 2012 SENADO, 192 DE 2012 CÁMARA

PROF. FERNANDO VELÁSQUEZ V*.

I. INTRODUCCIÓN

En las legislaciones nacionales y en el Derecho internacional público se encuentran distintas figuras en cuya virtud quienes realizan determinadas conductas en ejercicio de cargos oficiales —incluso actos privados como sucede con los diplomáticos—, gozan de inmunidad¹ y hasta de privilegios especiales², con lo cual se exceptiona el principio general según el cual a todos los ciudadanos se les debe juzgar en igualdad de condiciones y sin hacer excepción alguna.

Dentro de estos últimos es necesario mencionar el fenómeno del *aforamiento* o fenómeno procesal que permite alterar las reglas de la competencia objetiva, funcional y territorial, de tal manera que sólo un tribunal determinado por la ley es el único competente para enjuiciar a ciertas personas que, incluso, pueden gozar de inmunidad³. Una especie de esta figura es la que existe en el derecho colombiano para los miembros de la Fuerza Pública, cuyos actos —sólo cuando cometen delitos en servicio activo y en relación con el mismo— son

* Ex becario de las fundaciones alemanas Max Planck y Alexander von Humboldt; Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Este trabajo forma parte de las labores académicas del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, que dirige el autor.

¹ Cfr. WERLE, *Tratado de Derecho penal*, pág. 286, números 515 y ss.

² La confusión terminológica en esta materia es muy grande. Cfr. GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial*, págs. 41 y ss., 56 y ss.

³ Cfr. GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *idem*, págs. 133-134.

investigados y fallados por las cortes y tribunales militares con arreglo al Código Penal Militar⁴.

Este fuero es de gran abolengo entre nosotros, si se tiene en cuenta que se remonta al Decreto Real de Carlos III, expedido el nueve de febrero de 1793, que se incorporó a las Leyes de Indias. Con posterioridad, al inicio de la vida republicana, la Constitución para el Estado de Cundinamarca de 1811, lo consagró en su Título VII (“Del Poder Judicial), art. 1 párrafo 46, cuando dispuso: *“La disciplina militar y el particular compromiso de los soldados al sentar su plaza, exigen una excepción de los artículos desde el 36 hasta el presente, quedando en su fuerza y vigor la Ordenanza militar que rige”*⁵; había pues, una Ordenanza Militar que consignaba esos privilegios.

Así mismo, la Constitución de la República de Cundinamarca reformada de 1812, decía en su Título VI, art. 27 que *“Los fueros son de los negocios y no de las personas, a excepción de lo relativo al gobierno económico de cada corporación”*, mientras que asignaba al Tribunal Supremo de Guerra, el conocimiento de las conductas en que se veían involucrados militares (cfr. arts. 12 y 13), luego de advertir en el § 1, art. 1° que *“El fuero militar se conservará como hasta aquí”*⁶. También la Constitución de Cartagena de Indias de 1812, en el Título VIII, Sección segunda, arts. 15 y 17, se ocupaba de estas materias para reiterar en el último que *“Por lo demás no se hace novedad alguna en los juicios militares, en que se procederá con arreglo a ordenanza, órdenes particulares y leyes generales”*⁷.

Luego, el art. 174 de la Constitución de la República de Colombia de 1821 dijo de forma expresa: *“Ningún colombiano, excepto los que estuvieren empleados en la marina o en las milicias que se hallaren en actual servicio, deberá sujetarse a las leyes militares ni sufrir castigos provenientes de ellas”*⁸. Sin embargo, sería la Constitución de 1886 en su art. 170 la que le daría vida a la fórmula que todavía pervive en la Carta Fundamental de 1991, pero con algunos recortes en la Ley;

⁴ Dice así el art. 1° de la ley 1407 de 2010: *“Fuero Militar. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”*.

⁵ RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones*, tomo I, pág. 350.

⁶ RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones*, tomo II, págs. 39 y 41.

⁷ RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones*, tomo II, págs. 140.

⁸ RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones*, tomo III, págs. 100.

entonces se expresó: “De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o tribunales militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”⁹, fórmula que pasó intacta a los arts. 221 (modificado por el acto legislativo 2 de 1995, que le añadió un inc. 2° del siguiente tenor: “Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”)¹⁰ y 250 inc. 3° de la Constitución de 1991 que, al rechazar la exclusión del principio de oportunidad cuando se trate de delitos cometidos por militares que gocen del fuero, vuelve a decir: “Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

Hasta aquí, por lo menos en el plano formal, todo era claro porque no había ninguna discusión en el sentido de que cuando se dieran esos supuestos conocía la Justicia Penal Militar de la conducta correspondiente, sin ningún distingo. Pero las excepciones al texto de la Carta Fundamental, sin que ella las previera, no demoraron en aparecer como sucedió con el art. 3° de la Ley 522 de 1999 o antiguo C. P. M., que de manera inconstitucional dispuso: “DELITOS NO RELACIONADOS CON EL SERVICIO. *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia*”. Este texto fue declarado condicionalmente exequible mediante sent. C-878 de doce de julio de 2000, “en el entendido (sic) que los delitos en él 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 omisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio,

⁹ RESTREPO PIEDRAHÍTA, *Constituciones*, tomo IV, pág. 247. El D. 2550 de 1988 ó Código Penal Militar —que derogó el D. 250 de 1958—, dispuso en su art. 14: “Principio. *Las disposiciones de este código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional. También se aplicarán a los oficiales, suboficiales, y agentes de la Policía Nacional*”.

¹⁰ La fórmula quedó así: “ARTICULO 221. *De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro*”.

han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial". Dicha previsión fue reproducida por el vigente art. 2° de la Ley 1407 de 2010.

A ellos, por supuesto, se debe sumar el Proyecto de Acto Legislativo 192 cuando pretende distinguir entre *delitos de lesa humanidad* y *delitos contra el Derecho Internacional Humanitario*, para otorgar a la Justicia Penal Militar el conocimiento de los segundos —con algunas salvedades— no así el de los primeros (cfr. art. 3°; también, art. 3° del Proyecto en Ponencia primer debate; igual el art. 3° después de surtidos el cuarto y el séptimo debate). Una diferencia que no prevé el texto constitucional hasta ahora vigente y que —miradas así las cosas— significa un recorte notorio porque implica llevar al tenor literal de la Carta fundamental —cuyos primeros dos incisos se mantienen— las excepciones que por vía legal y jurisprudencial se le introdujeron, con el pretexto de velar por la protección de los Derechos Humanos cuando se tratare de crímenes graves o calificables de lesa humanidad¹¹, máxime que se mira con desconfianza el papel de la Justicia Penal Militar a la que se acusa de fomentar la impunidad¹².

II. LOS ELEMENTOS DEL FUERO

Por supuesto, como la Constitución no define en qué consiste este fenómeno, el vigente art. 2° del C.P.M. —de forma igual al antiguo art. 2° de la Ley 522— hace un esfuerzo para precisarlo: “DELITOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO. *Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública de-*

¹¹ Ya la sent. C-358 de 1997 se había pronunciado en este sentido: “*Esta Corporación ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. Un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria. Existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio*”.

¹² Véase, por ejemplo, el pronunciamiento del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, en <http://www.colectivodeabogados.org/Reforma-del-fuero-penal-militar-Un>; fecha de la visita: 28 de agosto de 2012; COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL, *Informe final*, págs. 108 y ss.

derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública”.

Al respecto, recuérdese, ya la Corte Constitucional mediante sent. C-358 de 1997 fue clara al señalar¹³: “... para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales”.

Por ello, ese organismo al revisar y declarar exequible el texto del antiguo art. 2° de la Ley 522 de 1999, retomó ese precedente y dijo: “...son delitos relacionados con el servicio, aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo derivados directamente de la función constitucional que le es propia. Así, cualquier relación con ésta, consecuencia de una interpretación amplia del artículo 2 acusado, no puede servir de fundamento para desconocer la competencia que, en términos generales, ostenta la justicia ordinaria”.

En fin, de lo dicho se infiere que para la estructuración del fuero se requieren dos elementos o factores: el *subjetivo* y el *funcional*; el primero hace referencia a la pertenencia a la institución castrense y, el segundo, a que la conducta investigada haya sido cometida en relación directa con el servicio.

¹³ Sobre el concepto y los delineamientos generales de la institución del fuero militar, pueden verse las sentencias C-878 de 2000, C-676 de 2001 y C-178 de 2002.

III. LA NECESIDAD DEL FUERO

Discutir en torno a la necesidad o no de la existencia del fuero militar en la vida jurídica colombiana no parece ser un asunto al que se le deban destinar muchos debates, entre otras razones porque desde que el país vive como nación tal instituto ha sido previsto de forma expresa en sus diversos ordenamientos constitucionales y legales, como se acaba de mostrar; además, porque existen delitos que sólo una persona con formación típicamente militar puede valorar en debida forma como juez. Y, para acabar de ajustar, su presencia es imperativa porque este es un país que —a diferencia de los demás— vive en un permanente e intenso conflicto armado.

Por supuesto, las dificultades prácticas que el instituto atraviesa —al punto de que casi ha desaparecido, pues la mayoría de los casos los asume la Justicia Ordinaria como producto de algunas convenios entre las autoridades¹⁴, o porque se esgrime el argumento

¹⁴ Por ejemplo el “Acuerdo de Cooperación”, fechado el catorce de junio de 2006 y firmado por los entonces Ministro de Defensa, CAMILO OSPINA BERNAL, y el Fiscal General de la Nación, MARIO GERMÁN IGUARÁN ARANA —en realidad un acta de entendimiento que se llamó “Apoyo a la Justicia Penal Militar”— busca, en esencia, facilitar los procedimientos en materia de primeras diligencias en el lugar del hecho cuando se presentaren muertes con ocasión de la realización de operaciones militares; al efecto, se acordaron seis directrices diferentes: 1. Que los servidores del Cuerpo Técnico de Investigación lleven a cabo las inspecciones de aquellos lugares de los hechos en donde se requiera su concurso técnico científico. 2. Que, mientras se hacen presentes en el lugar de los hechos los servidores del CTI, se realice por parte de los miembros de la Fuerza Pública su protección, atendiendo la obligación legal prevista para el “Primer Respondiente”. 3. Que, con el fin de facilitar el procedimiento las Fuerzas Militares deben llevar a cabo el desplazamiento oportuno de los servidores del CTI al lugar de los hechos, procurar su seguridad y el retorno a la respectiva sede. 4. Que luego de la búsqueda, fijación, recolección, embalaje y aseguramiento de las evidencias físicas y elementos materiales de prueba hallados en el lugar, así como las entrevistas de los posibles testigos, los servidores del CTI remitan los respectivos informes a las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía. 5. Que el Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata asumirá las diligencias a prevención, atendiendo lo previsto en el artículo 29 de la Carta Política, en concordancia con el artículo 250 *ibidem*; del artículo 45 del Código de Procedimiento Penal y la sentencia C358 de 1997 de la Honorable Corte Constitucional. 6. De ser evidente la existencia de los factores subjetivos y funcionales que justifican el reconocimiento del fuero instituido en el artículo 221 de la Constitución en concordancia con el artículo 250 de la Carta Fundamental, el fiscal de la justicia ordinaria decidirá con prontitud el traslado

de que la autoridad penal militar propicia la impunidad—, son las que hoy ameritan debatir si de verdad se requiere o no un cambio constitucional o si, por el contrario, de lo que se trata es de transformar la difícil realidad actual. Para nadie es un secreto, que ya las tropas evitan a como dé lugar concurrir a los campos de batalla para combatir a los alzados en armas y a las bandas delincuenciales, porque cualquier intervención suya corre el riesgo de ser judicializada y criminalizada.

Ante este panorama sólo se ha pensado en una reforma constitucional y, por ende legal, a cuyo efecto en épocas recientes se propiciaron dos caminos: en un comienzo, el malogrado Proyecto de Acto legislativo 143 de 2011, que contenía en su art. 10 una previsión en esta materia que fue hundida antes de que el Proyecto corriera igual suerte: *“De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar y Policial. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. /En todo caso, se presume la relación con el servicio en las operaciones y procedimientos de la Fuerza Pública. Cuando en estas situaciones haya lugar al ejercicio de la acción penal, la misma se adelantara por la Justicia Penal Militar y Policial”*; y, por supuesto, el Proyecto de Acto Legislativo 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara, ad portas de convertirse en reforma constitucional, elaborado con base en una propuesta confeccionada por una Comisión nombrada por el Gobierno Nacional, que se caracteriza por los siguientes tópicos según se desprende del texto final luego de la conciliación surtida el día doce de junio de 2012 y del reciente séptimo debate¹⁵:

A. Propone modificar el tenor literal de los textos contenidos en los arts. 116, 152 y 221 de la Carta.

B. Así mismo, al adicionar el art. 116 de la Constitución, crea un Tribunal de garantías penales que actúe como *“juez de control*

de la investigación a la Justicia Penal Militar en cuyo caso se mantendrá el apoyo técnico científico del CTI; si no se evidencian los factores enunciados continuará conociendo la Fiscalía General de la Nación, informando de esta situación a la Jurisdicción Penal Militar”. [En línea]. Disponible en: <http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Paginas/PoliticaAsuntosInt/DDHH/Boletines/B2/noticiappal.htm>; fecha de la visita: 30 de noviembre de 2012.

¹⁵ Se ha tratado, en lo posible, de armonizar la ponencia original con los nuevos cambios sufridos por el Proyecto.

de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública” llamado a operar “en cualquier jurisdicción” —incluida la militar— y con “competencia en todo el territorio nacional”; este organismo judicial, que se ha de constituir mediante una ley estatutaria, está llamado además —de forma “preferente” dice el texto— a “controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral” y, lo que es más importante, a “dirimir los conflictos de competencia” en esta materia (cfr. art. 1°).

C. En consecuencia, se dispone en el art. 2° añadirle al tenor literal del art. 152 de la Constitución un literal g), de tal manera que se deberán también expedir con base en el mecanismo de la Ley Estatutaria, aquellas materias “expresamente señaladas en los artículos 116¹⁶ (al que se le introducen los incisos que crean el Tribunal de Garantías Penales) y 221 de la Constitución (todo lo atinente al fuero penal militar)”.

D. De igual forma, al proyectar un nuevo texto para el art. 221 su artículo 3° hace un distingo ya mencionado antes: dispone que los delitos de lesa humanidad nunca sean conocidos por la Justicia Penal Militar e introduce un listado de crímenes¹⁷ que tampoco son de su competencia; afirma que los delitos contra el derecho internacional

¹⁶ El texto actual del art. 116, sin los agregados, reza: “ARTÍCULO 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. /El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. /Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. /Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

¹⁷ El texto del art. 3°. inc. 2°, después del Séptimo Debate, es el siguiente: “En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, **ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado**. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales”. Se le añadieron, pues, otras figuras punibles una de ellas no prevista como tal en el ordenamiento penal (la ejecución extrajudicial).

humanitario, cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, deben ser de competencia exclusiva de la Justicia Penal Militar. A estos efectos, dispone que una ley estatutaria¹⁸ especifique “*las reglas de interpretación y aplicación*” correspondientes y señale “*la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario*” (art. 3° inc. 6°)¹⁹.

E. El mismo art. 3° del Proyecto crea una Comisión Técnica —antes llamada “Mixta”—, “*integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria*”, apoyada “*por sus respectivos órganos de policía judicial*”, que, cuando se desarrolle una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública y “*exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar*”, intervenga en dichas materias (art. 3° inc. 7°).

F. Así mismo, y como producto de lo acabado de señalar, se establece que una “ley estatutaria” regule “*la composición y funcionamiento de esta Comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial*” y “*los plazos que deberá cumplir*” (art. 3° inc. 8°).

G. Dispone, además, que la Ley²⁰ cree juzgados y tribunales penales policiales y adopte un Código Policial (art. 3° inc. 9°). Además, que una Ley estatutaria desarrolle “*las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar*”²¹.

H. También, erige un Fondo de financiación para la defensa técnica de los miembros de la Fuerza Pública, en cualquiera de las dos jurisdicciones; y, en el “artículo 5° Transitorio”, faculta al Presidente de la República por el término de tres meses para expedir decretos

¹⁸ Cfr. art. 3° inc. 6°.

¹⁹ El texto del art. 3° inc. 2°, después del Séptimo Debate, es el siguiente: “En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, **ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado**. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales”. Se volvió, pues, al inconveniente listado de antes.

²⁰ De hecho, en el texto aprobado tras el Séptimo debate se dice que es “Una ley ordinaria...” (cfr. art. 3° inc. 9°); curioso, desde luego, porque por mandato el art. 152 este tipo de reformas tiene que hacerse mediante el rito propio de una Ley Estatutaria.

²¹ Así en el texto actual (cfr. art. 3° inc. 10°).

con fuerza de ley que sean “necesarios para poner en marcha el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de que trata el presente acto legislativo”²².

I. En fin, en el art. 4º, que también adjetiva de “Transitorio”, se ocupa de la competencia en tratándose de los procesos penales en trámite contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos excluidos de la competencia de la Justicia Penal Militar en el art. 3º.

IV. BALANCE DEL PROYECTO EN DISCUSIÓN

Al respecto es imperioso hacer las siguientes consideraciones:

A. El Proyecto de Acto Legislativo 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara —a diferencia del texto contenido en el art. 10 original del abortado Proyecto de Reforma a la Justicia—, introduce diversas propuestas, algunas de las cuales están enderezadas a recoger el estado actual de cosas (en los niveles práctico y legal) en esta materia.

B. Una de esas iniciativas, valga recordarlo, es la destinada a introducir en la Carta Fundamental el distingo entre *delitos de lesa humanidad* y *delitos contra el Derecho internacional humanitario*, para excluir de la competencia de la Justicia Penal Militar los primeros amén de otros; por supuesto, si se mira toda la evolución legislativa del instituto del fuero desde sus orígenes hasta hoy, se percibe que ese distingo nunca se ha hecho y, por ende, no tendría razón de ser por más que parezca novedoso y bien intencionado.

Al respecto, debe decirse que el listado de delitos contenido en el Proyecto (cfr. art. 3º inc. 3º) resulta antitécnico máxime si se tiene en cuenta que coincide, en buena parte, con la enunciación contenida en el art. 7º del Estatuto de Roma (convertido en Ley 742 de 2002), que no solo señala cuáles son los delitos que se consideran de lesa humanidad sino los criterios determinantes para saber si lo son o no. Por ello, no parece coherente que ahora se proponga esa misma delimitación por vía de una ley cuando el propio ordenamiento la hace de cara al Derecho Internacional penal y a los estándares que en él rigen.

C. Además, esa inconveniente presunción no se edifica a partir de una mínima actividad investigativa y probatoria de la cual se pueda inferir la posible comisión de uno de esos graves atentados, sino del rótulo que se le dé a los hechos; y, ya se sabe, aquí somos expertos en

²² Actual art. 5º inc. 1º.

utilizar y fabricar esas etiquetas cuando las necesidades políticas o las conveniencias de turno así lo imponen. En fin, queda la sensación de que el argumento empleado para construir esa presunción tiene los rasgos de ser sofisticado porque, se repite, basta con que un hecho sea rotulado con una de esas denominaciones para que, sin surtir ninguna actividad investigativa, se excluya el fuero; y, al contrario.

D. Así mismo, prueba de que el constituyente está desorientado en estas materias, es la confusión que se evidencia en los incs. 3° y 4° entre “*crímenes de lesa humanidad*” e “*infracciones al Derecho Internacional Humanitario*”, valga decir entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario —hoy ambas son dos ramas bien delimitadas del Derecho Internacional²³— cuando, después de hacer el listado (para el momento del cuarto debate: “delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado, violencia sexual, y reclutamiento o uso de menores”²⁴) afirma que las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por los miembros de la Fuerza Pública, “*salvo los delitos anteriores*”, serán de competencia de la Justicia Penal Militar. Por supuesto, cualquiera que se tome el trabajo de leer el art. 7° del Estatuto de Roma (convertido en Ley 742 de 2002), verá que casi todos esos delitos —salvo el genocidio que es considerado un crimen independiente en el art. 6°, la ejecución extrajudicial, y el reclutamiento de menores que es un delito de guerra en el art. 8° lit. b) XXVI— se consideran de “lesa humanidad” y, por ende, no pueden ser entendidos como conductas atentatorias contra el Derecho Internacional Humanitario. Se da, pues, a entender que todas las figuras del listado son contra el Derecho Internacional Humanitario lo que es una impropiedad.

E. También, graves problemas está llamada a generar la figura del Tribunal de Garantías Penales (¡conste que la idea es buena y de hondo calado democrático!) de que habla el art. 1° porque los redactores de la propuesta —que en su actual formulación va mucho más lejos, como ya se dijo, hasta posibilitar el control formal y material de la acusación en todas las jurisdicciones— no pensaron que, con ella, desvertebraban toda la estructura del proceso penal de corte acusatorio existente en Colombia no sólo en su versión

²³ Véase VALENCIA RESTREPO, *Derecho Internacional Público*, pág. 801.

²⁴ Recuérdese que, tras el Séptimo Debate, se habla de “...los delitos de genocidio, desaparición forzada, **ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado**”.

constitucional sino en la legal (cfr. Leyes 906 de 2004 y 1407 de 2010, arts. 172 y ss.). Es más, como no se piensa con categorías procesales y se olvida de tajo toda la Teoría del Proceso Penal, también se echa de menos que el principal titular de la acción penal (ahora el principal, tras la reciente y desafortunada reforma introducida mediante el acto legislativo 6 de 2011) es la Fiscalía y que, con ese diseño, hay que replantear las funciones constitucionales de la misma.

En otras palabras: al entrar a regir este Acto Legislativo queda, *ipso facto*, modificado todo el articulado que le da vida al actual sistema de investigación y juzgamiento en materia penal en los asuntos ya dichos y es necesario, de forma urgente, emprender una revisión de la Constitución, el Código de Procedimiento Penal y el Nuevo Código Penal Militar, para adaptarlos a las nuevas exigencias constitucionales. La reforma, pues, se ocupa de otras materias para las cuales no está propiamente confeccionada.

F. La Comisión Técnica también esta diseñada para generar dificultades en la práctica, pues sólo le añade a los conflictos de competencia un ingrediente más de dispersión y contienda [recuérdese que el art. 1° inc. 1° num. 3, le asigna al Tribunal de Garantías Penales la función de dirimir, de manera permanente, “*los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar*”]; la actual propuesta, pues, no señala con claridad sus tareas y funciones.

G. Preocupa, además, la imprecisión de los textos cuando se ocupan de los dispositivos legales para desarrollarlos a futuro. En ciertos casos, la propuesta hace hincapié en que el rito para propiciar las transformaciones legislativas requeridas es el propio de la Ley Estatutaria (la creación y organización del Tribunal de Garantías Penales; la reglamentación de la Comisión Técnica; la determinación de las “reglas de interpretación y aplicación” del Derecho Internacional Humanitario; el desarrollo de “las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar” y “la forma de armonizar el derecho penal” con él, etc.), algo que se compadece con los dictados propios del principio de legalidad; sin embargo, cuando habla de la creación de juzgados y tribunales penales policiales y de adoptar un Código Policial, o de regular “una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional”, se dice que se acudirá a “*la ley*” como si no fuera evidente —según el contenido del actual art. 152 de la Constitución que, no obstante, la Corte Constitucional entiende de manera bien

diversa, aunque algunos de sus ex voceros y que manejan un doble discurso fueron coautores del Proyecto original²⁵—, que este tipo de reformas requieren del trámite de una ley estatutaria. Por supuesto, si se tiene en cuenta el alcance del proyectado art. 152 con el nuevo literal g), no cabría ninguna duda en el sentido de que sólo se podría acudir al citado mecanismo en todos los casos²⁶.

En otras palabras: la reforma propuesta también en este aspecto va mucho más allá de las materias atinentes al fuero penal militar, pues la introducción del nuevo literal g) cubija a todas las asuntos previstos en los arts. 116 y 221. Por ello, quedan sometidas al trámite de la ley estatutaria las normas que le atribuyen competencia a todos los organismos para administrar Justicia: Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura, Fiscalía General de la Nación, Tribunales y Jueces, sin olvidar que también queda comprendida la Justicia Penal Militar [por ejemplo, el Código Penal Militar, cosa que ya decía el literal a) del art. 152]. Lo mismo, las normatividades atinentes a las “funciones judiciales” atribuidas al Congreso, las asignaciones de competencia a autoridades administrativas para ejercer, de manera excepcional, funciones jurisdiccionales; o, en fin, la facultad concedida a los particulares para administrar Justicia en condición de jurados sólo se podrá hacer a través de una ley estatutaria.

H. Es muy importante la creación de un Fondo destinado a la financiación de la Defensa pública (art. 5° Transitorio); sin embargo, no parece necesario acudir al texto de la Constitución para hacerlo al punto de autorizar al Presidente —hasta tanto el Congreso legisle en dicha materia— para expedir los decretos leyes correspondientes.

²⁵ Recuérdese que, de manera contraria al texto de la Carta, plurales decisiones de la Corte Constitucional entienden que la mayoría de las materias que menciona el art. 152 de tramitan como ley ordinaria. Al respecto: sents. C-013 de 21 enero 1993; C-313 de siete julio 1994; C-055 de 16 febrero 1995; C-646 de 20 junio 2001; C-193 de tres marzo 2005 y todas las decisiones allí citadas, que avaló la constitucionalidad de la ley 890 de 2004 con la que tornó la pena privativa de la libertad a los sesenta años de duración. Igual sucede con la C-319 de 25 abril 2006, por medio de la que se declaró —con dos salvamentos de voto— ajustada a la Carta la Ley 975 de 2005. No obstante, la sent. C-620 de 20 junio 2001 reconoce que materias como la regulación del *habeas corpus*, sí se tienen que regular por la vía de la ley estatutaria.

²⁶ Recuérdese: el nuevo texto del art. 152 de la Carta quedaría así: “Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: ...g) **Las materias** (¡obsérvese la redundancia!) **expresamente señaladas** en los artículos **116 y 221** de la Constitución, de conformidad con el presente acto legislativo”.

Tampoco parece indispensable una reforma a la Constitución para decir que la detención preventiva y la reclusión de los integrantes de la Fuerza Pública se debe hacer en lugares especiales [art. 3° último inciso].

I. Así mismo, algunas dificultades genera el tenor literal del artículo 4° Transitorio —que, a propósito, no parece bien introducido porque se ha debido decir que él y el 5° engrosan las disposiciones transitorias de la Constitución—, en materia de la competencia para la investigación de los diversos delitos señalados en el art. 3° cuando dispone, en su última redacción: *“Los procesos penales que se adelanten contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar en el inciso 2° del artículo 3° del presente acto legislativo y que se encuentren en la justicia ordinaria, continuarán en esta”*; en otras palabras: se le da piso constitucional al tan criticado Acuerdo ya mencionado y en cuya virtud, con el desconocimiento del fuero, se posibilita que la justicia ordinaria asuma las competencias para juzgar a los militares. En cualquier caso hay una mejoría en relación con textos anteriores que distinguían entre los *“delitos enunciados en el artículo 3°...que se encuentren en la justicia ordinaria”* y *“los demás delitos”*, sin que quedara claro lo que se significaba con ello.

J. De la misma forma, queda la sensación de que dicha reforma tiene un enorme contenido burocrático en la medida en que de ella se deriva la necesidad de crear un gran aparato de personal —con un nuevo tren de magistrados y funcionarios a bordo— para poner a marchar el Tribunal de Garantías penales, la Comisión técnica y el órgano de Policía judicial de que se debe servir esta última, etc. No se ve, pues, como con ello se pueda resolver de fondo el problema que plantea el fuero penal militar en la actualidad y sí más bien, mediante el expediente de crear todo ese aparataje de nuevos funcionarios, de distraer la atención de todos.

K. Es más, debe agregarse que la propuesta en examen —de origen gubernamental— es coyuntural y no va de la mano de una verdadera e integral reforma a la Justicia colombiana que, por supuesto, también debería ir ligada a las necesarias transformaciones por las que clama todo el entramado institucional. En fin, si algo queda claro es que no hay políticas gubernamentales claras y transparentes en este ni en ningún campo; incluso, para mencionar el tema de moda, ni siquiera de cara a la búsqueda de la paz proceso que no se puede confundir con el silenciamiento de las armas.

L. Por ello, así no sean compartibles algunas de sus tesis, no deja de tener cierta dosis de razón el Representante NAVAS TALERO cuando, al presentar ponencia negativa al Proyecto de Acto Legislativo cuando se le daba el primer debate, afirmaba que el mismo tenía visos de inconveniencia e inconstitucionalidad: *“La iniciativa de reforma que ahora se pretende a la Constitución es tanto inconveniente como inconstitucional y por ello debería ser archivada por el Congreso de la República y, en todo caso, de ser aprobada por las mayorías afectas al Gobierno, en el análisis que de su texto llegue a efectuar la Corte Constitucional, habrá de ser declarado inexecutable por entrañar una evidente sustitución de la Carta Política, sobre todo teniendo en cuenta que de ella hacen parte otras disposiciones incorporadas a su contenido como parte del bloque de constitucionalidad”*²⁷.

V. CONCLUSIÓN

De esta manera, así sea verdad que la propuesta en examen — ahora virtual texto constitucional— abre el debate teórico sobre el fuero militar en Colombia, también lo es que la misma aporta muy poco o nada a la solución real de los problemas que ello suscita. De nada, pues, sirven las reformas legales y constitucionales, si en la práctica judicial a los ciudadanos se les juzga por jueces inidóneos o parcializados, de espaldas a la Constitución, después de pisotear principios tan caros al Estado de Derecho como los de legalidad, dignidad de la persona humana, acto y culpabilidad, entre otros.

Así las cosas, no se necesitaba de ninguna reforma formal al fuero penal militar y el Proyecto de Acto Legislativo ha debido archiversarse por inconveniente; lo que debe ser sí objeto de verdadera transformación son las condiciones de juzgamiento reales que ahora, de la mano de un Derecho Penal expansionista, causan enorme daño institucional y sacrifican las bases del Estado de Derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL: *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, Bogotá, 31 de marzo 2012, en: <http://www.minjusticia.gov.co/Library/News/Files/Ver%20Informe%20final%20Comisi%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20Criminal107.PDF>; fecha de la consulta: 29 de agosto 2012.

²⁷ Cfr. *Gaceta del Congreso*, No. 111, pág. 8.

CORTE CONSTITUCIONAL: sent. C-013 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL: sent. C-313 de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL: sent. C-055 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL: sent. C-358 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL: sent. C-878 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL: sent. C-620 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL: sent. C-646 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL: sent. C-676 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL: sent. C-178 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL: sent. C-193 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL: sent. C-319 de 2006.

GACETA DEL CONGRESO, año XXI- N° 111, Bogotá, Imprenta Nacional, martes 27 de marzo 2012, 12 páginas.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS/INAKI ESPARZA LEIBAR: *Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales*. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

LOMBANA SIERRA, JOSÉ IGNACIO: *El fuero penal militar en Colombia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2006.

PASTOR, DANIEL R.: *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

RESTREPO PIEDRAHITA, CARLOS: *Constituciones de Colombia*, cinco tomos, Bogotá, Banco Popular, 1986.

VALENCIA RESTREPO, HERNÁN: *Derecho Internacional público*, 3ª. ed., Medellín, Comlibros, 2008.

VALENCIA TOVAR, ÁLVARO: "Fuero militar y justicia penal militar", en *Revista Credencial*, edición 152, Bogotá, 2002; en: <http://www.>

banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/agosto2002/fuero.htm; fecha de la consulta: 18 de agosto 2012.

VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho Penal, Parte General*, 4^a. ed., Medellín, Editora Jurídica COMLIBROS, 2009.

WERLE, GERHARD: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, traducción de Claudia Cárdenas Aravena/María del Mar Díaz Pita/María Gutiérrez Rodríguez/Antonio Muñoz Aunión, Valencia Tirant lo Blanch, 2005.

<http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-el-cual-se-reforman-los-articulos-116-152-y-221-de-la-constitucion-politica-de-colombia-justicia-penal-militar/6586/>

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3

