

Cuadernos de Derecho Penal

N^o 8

Director:

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

CONSTITUCIÓN Y FUERO PENAL MILITAR.

Sección Doctrina

- "Apuntes generales sobre el 'Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012'.

Fernando Velásquez V.

- "El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012 y el desarrollo constitucional".

José Arturo Camelo Piñeros.

- "El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012 y los Derechos Humanos".

Todd Howland.

- "El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012 y el Derecho Internacional".

Rafael Arturo Prieto Sanjuán.

- "El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012: ¿Por qué investigar en el marco del Derecho Internacional Humanitario"? *Javier Ayala Amaya.*

- "El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012 y sus implicaciones políticas".

Juan Francisco Lozano Ramírez.

- "El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012 y sus implicaciones en la Jurisdicción Penal Militar".

Camilo Andrés Suárez Aldana.

- "Fuero Penal Militar: una comparación internacional".

Alfredo Rangel Suárez.

- Preguntas del público.

- Anexo.

Bibliografía

- WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN, *El principio de complementariedad y la ley de justicia y paz: Principales desafíos*, Bogotá D.C., Colección Estudios de Derecho Penal No. 2, Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2011. *Juan Pablo Sierra Piñeros.*

- MOLINA LÓPEZ, RICARDO: *La conformidad en el proceso penal, análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*. Bogotá, Universidad Pontificia Bolivariana/Universidad de los Andes/Grupo Editorial Ibáñez, 2012. *Jorge Arturo Abello Gual.*



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL N^o. 8

DIRECTOR

Fernando Velásquez V.

COORDINADORA

Lizbeth Barrera Rodríguez.

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Profesores

Emiliano Borja Jiménez.

Luis E. Chiesa Aponte.

Juan Luis Gómez Colomer.

José Hurtado Pozo.

Renzo Orlandi.

Walter Perron.

Guillermo Portilla Contreras.

Mario Trapani.

John D. Vervaele.

Lotario Vilaboy Lois.

CONSEJO CONSULTIVO NACIONAL

Profesores

Nódier Agudelo Betancur.

Alfonso Cadavid Quintero.

Oscar Julián Guerrero Peralta.

Hernán Gonzalo Jiménez Barrero.

Hernando León Londoño Berrío.

Ricardo Molina López.

Ricardo Posada Maya.

André Scheller D' Angelo

Claudia Helena Serje Jiménez.

Carlos Roberto Solórzano Garavito.

Álvaro Vargas.

Renato Vargas Lozano.

Christian Wolffhügel Gutiérrez.

CORRECTOR DE ESTILO

Fernando Velásquez V.

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Maruja Esther Flórez Jiménez

DISEÑO CARÁTULA

Maruja Esther Flórez Jiménez

Primera edición: diciembre de 2012.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa
autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones
Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 No. 74-40
Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131. www.usa.edu.co Fax: 3 17 75 29.

ISSN: 2027-1743

Contenido

I. PRESENTACIÓN.....	7
II. DOCTRINA	
- Apuntes generales sobre el Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012. <i>Fernando Velásquez V.</i>	13
- El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012 y el desarrollo constitucional. <i>José Arturo Camelo Piñeros</i>	31
- El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012 y los Derechos Humanos. <i>Todd Howland</i>	39
- El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012 y el Derecho Internacional. <i>Rafael Arturo Prieto Sanjuán</i>	51
- El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012: ¿Por qué investigar en el marco del Derecho Internacional Humanitario? <i>Javier Ayala Amaya</i>	61
- El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012 y sus implicaciones políticas <i>Juan Francisco Lozano Ramírez</i>	79
- El Proyecto de Acto legislativo 192 de 2012 y sus implicaciones en la Jurisdicción Penal Militar. <i>Camilo Andrés Suárez Aldana</i>	89
- Fuero Penal Militar: Una comparación internacional. <i>Alfredo Rangel Suárez</i> ...	99
- Preguntas del público.....	107
- Anexo.....	113
III. BIBLIOGRAFÍA	
- WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN, <i>El principio de complementariedad y la ley de justicia y paz: Principales desafíos</i> , Bogotá D.C., Colección Estudios de Derecho Penal No. 2, Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2011. <i>Juan Pablo Sierra Piñeros</i>	117
- MOLINA LÓPEZ, RICARDO: <i>La conformidad en el proceso penal, análisis comparado de las legislaciones española y colombiana</i> . Bogotá, Universidad Pontificia Bolivariana/Universidad de los Andes/Grupo Editorial Ibáñez, 2012. <i>Jorge Arturo Abello Gual</i>	122



Presentación

El reciente debate legislativo en torno al fuero penal militar es el que ocupa hoy el contenido de la Revista. El tema es de trascendencia por múltiples situaciones: tiene importantes implicaciones de cara al Derecho Internacional; la discusión se presenta en un país que soporta un penoso conflicto armado teñido de la insurgencia, harto preocupante, de temibles bandas criminales que han copado importantes zonas del territorio; en el pasado reciente la Justicia Penal Militar ha sido cuestionada por propiciar la impunidad en el medio; pese a la existencia de un fuero amplio y claro, sin restricciones constitucionales de ninguna índole, como ha sido la tradición colombiana desde la primera Constitución, algunas normatividades —piénsese en el Código Penal Militar vigente— han recortado la operancia de este mecanismo; en fin, en la práctica judicial colombiana —en virtud de un simple e inconstitucional Acuerdo de Cooperación entre el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General de la Nación— el fuero ha sido desconocido para atribuir, casi siempre, el juzgamiento de delitos cometidos por militares en servicio activo y con ocasión del servicio, a la Justicia ordinaria que no ha sido siempre la más imparcial.

Preocupados por esta problemática, diversos estamentos de la Universidad Sergio Arboleda, encabezados por la Rectoría y la Vicerrectoría Académica, la Escuela de Derecho a través de la Decanatura, el Departamento de Derecho Penal y el Instituto de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se han dado a la tarea de discutir el asunto en diversos niveles y espacios académicos. Uno de ellos fue el panel intitulado como “Constitución y Fuero Penal Militar”, organizado el día jueves 30 de agosto de 2012, de las 14:00 a las 18:00, que contó con la presencia de importantes personalidades quienes, ante un concurrido auditorio, debatieron sobre los alcances del Proyecto de Acto Legislativo No. 16 de 2012 Cámara y 192 de 2012 Senado¹. Como panelistas intervinieron: Brigadier General José

¹ Fue aprobado en séptimo Debate el día 27 de noviembre de 2012 (la ponencia se puede ver en: Gaceta del Congreso No. 827, 21 de noviembre de 2012, Bogotá, Imprenta Nacional, 2012, págs. 1 y ss. [En línea]. Disponible en: <http://www.>

ARTURO CAMELO PIÑEROS, Dr. RAFAEL A. PRIETO SANJUÁN, Coronel JAVIER AYALA AMAYA, Dr. JUAN LOZANO RAMÍREZ, Dr. TODD HOWLAND, Coronel CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Dr. ALFREDO RANGEL SUÁREZ y el suscrito FERNANDO VELÁSQUEZ V.; la moderación estuvo a cargo del Dr. MIGUEL CEBALLOS ARÉVALO, Director del Instituto de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario –IDHUSA– y la presentación le correspondió al Dr. GERMÁN QUINTERO ANDRADE, Vicerrector Académico de la Universidad.

Así las cosas, la *sección de doctrina* se dedica a las diversas ponencias que cada uno de los intervinientes presentó en el referido acto académico a cuyo efecto se insertan los textos escritos entregados, aunque en un par de casos se acudió a la transliteración de las intervenciones que fueron revisadas y/o autorizadas por los respectivos panelistas; el orden en que se plasman en la publicación se corresponde con el de las intervenciones llevadas a cabo con base en las temáticas asignadas a cada uno de ellos, con la debida antelación. Al final, se inserta el texto correspondiente a la sección de preguntas y respuestas también en versión estenográfica, seguido de un Anexo que contiene el texto del articulado aprobado en el Séptimo debate dado al Proyecto en el Congreso de la República.

La *sección de bibliografía* se destina esta vez para destacar dos obras: una de ellas, la del colaborador del Departamento de Derecho Penal el Profesor CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, intitulada como “*El principio de complementariedad y la ley de justicia y paz: Principales desafíos*”, que recoge su tesis de Maestría, reseñada por el discípulo común y asistente del Departamento Juan Pablo Sierra Piñeros; y la otra, el libro que recoge la tesis doctoral del Profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín y de nuestros postgrados RICARDO MOLINA LÓPEZ, intitulada como “*La conformidad en el proceso penal, análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*”, reseñada por el Prof. Jorge Arturo Abello Gual, adscrito también al Departamento de Derecho Penal.

imprensa.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3). La ponencia para octavo debate fue radicada el día seis de diciembre de 2012. Para seguir, paso a paso, la evolución de esta iniciativa legislativa desde sus inicios hasta su final aprobación, véase Universidad de los Andes: Congreso Visible. Org: “Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia. [Justicia Penal Militar, Fuero Militar]”. [En línea]. Disponible en: <http://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-fuero-militar/6586/>

Una advertencia para culminar: a partir de este número ingresa como miembro del Consejo Consultivo Nacional el Prof. ANDRÉ SCHELLER D'ANGELO, en su condición de Director del Departamento de Derecho Penal de la subsede Santa Marta de la Universidad.

La marcha de la Revista, pues, continúa y nuevos actores académicos se suman a este proyecto que cada día se ve más fortalecido; problemáticas como las que hoy se ventilan, ayudan a agitar el necesario debate y a tratar de brindar herramientas jurídicas que contribuyan a superar este penoso bache jurídico e institucional.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Director.



Doctrina

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. 2º 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 está 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

EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 192 DE 2012 Y EL
DESARROLLO CONSTITUCIONAL

BRIGADIER GENERAL JOSÉ ARTURO CAMELO PIÑEROS*

Respetados Señores y Señoras, Honorables Directivos, profesores y estudiantes de este claustro Universitario, compañeros panelistas, asistentes a ese evento académico:

Como ciudadano interesado en los temas que afectan la seguridad y defensa nacional, agradezco a los Directivos, docentes y organizadores de este espacio académico, la gentil invitación que me hicieron para participar con mis opiniones y observaciones en esta audiencia pública acerca de un tema tan trascendental para la paz de nuestra Nación.

Con base en la experiencia adquirida a través de 34 años de servicio a la Institución más respetada por el pueblo colombiano y especialmente por las reflexiones que avivaron en mí el comprender la situación crítica que vive la Justicia Penal Militar de nuestro País, puesto que me desempeñe como su Director durante los últimos 3 años de mi carrera, puedo manifestarles que no solo he sido testigo directo de la deformación, mas no transformación, del sistema de Justicia Penal Militar, sino un estudioso del caso, por lo que luego de mi retiro las circunstancias me han permitido la oportunidad de compartir conocimientos con funcionarios penales militares de diversos Países como Fiscal Consejero de la Asociación Internacional de Justicias Militares.

* Decano de la Facultad de Derecho, Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”.

La brevedad del tiempo me obliga a prescindir de aspectos importantes que darían mayor ilustración acerca de la necesidad y fundamentos dogmáticos de un sistema adecuado de Justicia militar, por lo que debo referirme solo a los hechos más recientes que generaron la inseguridad jurídica que soportan hoy los miembros de la Fuerza Pública.

Fue en el año 1993, cuando comenzó a tomar forma la crisis de la Justicia Penal Militar, cuando en obediencia a recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declararon inconstitucionales las figuras del defensor militar, Fiscal Penal Militar y jurados de conciencia que conformaban los denominados consejos de guerra, mediante sentencias C-592 de 1993 y C-141 de 1995. Como resultado, se llegó en aquel entonces a una conclusión absurda basada en la negación del principio de la buena fe, según la cual las cortes o tribunales militares de que trata nuestra Constitución Política en el artículo 221, no podían estar integrados por militares debido a que sus integrantes, como miembros activos de la Fuerza Pública, se encontraban investidos de un sentido de autoridad y obediencia incompatibles con los cargos para administrar justicia.

Para ese entonces emergió como salvador el Acto Legislativo N° 2 de 1995 el cual terminó adicionando al artículo 221 Constitucional, la obligatoriedad lógica de integrar dichas Cortes marciales o tribunales militares, con miembros de la Fuerza Pública en actividad o en retiro. Como complemento de lo anterior la sentencia C-145 de 1998 orientó y encargó al Congreso de la República para regular los juicios por jurado; pero, debido a que también era perentorio acatar otras recomendaciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había formulado desde 1981 y que tenían que ver con la independencia de las decisiones judiciales y sanción de conductas violatorias de los Derechos Humanos, en contravía de todo lo dispuesto por los legisladores al expedir el Acto Legislativo N° 2 y contrario a lo dispuesto por la honorable Corte Constitucional, se expidió el nuevo Código Penal Militar mediante Ley 522 de 1999, que por ser fiel copia del Código Ordinario eliminó los juicios por jurado y por ende las cortes marciales o tribunales militares, vigentes desde el inicio de la República. Para los interesados en desviar la atención sobre el caso, las cortes marciales —que deberían estar integradas por vocales o jurado, como elemento fundamental de un sistema de Justicia Penal Militar (el juicio de los pares)— aparecen en el Código Penal Militar actual confundidas con la audiencia oral.

De forma simultánea, se originó la inseguridad jurídica laboral que aún persiste, puesto que si bien existen civiles que desempeñan cargos en la Justicia Penal Militar, ellos no podían ser desprovistos de sus cargos sin menoscabar sus derechos fundamentales por lo que la atención se centró, no en el desarrollo de una doctrina penal sino en la vigilancia de derechos laborales. Fue la sentencia C-171 de 2004 la que quiso definir en últimas los requisitos para desempeñar cargos en la Jurisdicción Penal Militar, en aplicación de un correcto entendimiento del Acto Legislativo N° 2 de 1995, y se fijaron entonces como requisitos esenciales el ser oficial de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro y ser abogado, queriendo explicar la necesidad de que para investigar, acusar y juzgar una conducta punible cometida en situaciones especiales del ámbito castrense, se requerían de manera simultánea conocimientos militares y jurídicos.

La sentencia exigía el cumplimiento de los requisitos que consideraba esenciales, pero como tabla salvadora de quienes vieron amenazada su estabilidad laboral, apareció por iniciativa del legislador un proyecto cuyo objeto consistió en determinar los requisitos para desempeñar cargos en la Justicia Penal Militar, en clara contraposición a lo determinado por la Alta Corte (Ley 940 de 2005).

La situación actual nos indica que lo que quiso definir y aclarar el Acto Legislativo N° 2 de 1995 luego de 17 años no se ha cumplido; la Justicia Penal Militar —en acatamiento de separar las funciones judiciales de las funciones de mando— se encuentra desvinculada de la Institución Militar, a quien debe su naturaleza y razón de ser, no existen las cortes marciales integradas por vocales o jurados, carece de credibilidad y eficiencia, los combatientes no son juzgados por sus pares y no existen mecanismos para hacer cumplir las decisiones constitucionales, ni existen sanciones por su incumplimiento.

Ahora bien, estamos frente a un nuevo proyecto de Acto Legislativo que pretende brindar seguridad jurídica a nuestros combatientes y que al tenor de su exposición de motivos se encuentra pleno de buenas intenciones, pero que, desafortunadamente, no corresponderá a la realidad.

En primer lugar, se dispone la integración de un tribunal de garantías penales con competencia en todo el territorio nacional y para actuar frente a cualquier jurisdicción y servir como juez de garantías, controlar las acusaciones penales en contra de los miembros de la

Fuerza pública y dirimir conflictos de competencia. Aquí se puede apreciar que la intención es buena, pero su aplicabilidad dudosa, puesto que si el proyecto se refiere a la figura del juez de garantías del sistema acusatorio colombiano, las decisiones que debe tomar ese juez de garantías corresponderán a decisiones solicitadas por el Fiscal de cada caso para definir situaciones de manera diligente, so pena de vulnerar derechos fundamentales, tales como las medidas cautelares, legalizaciones de captura, formulaciones de imputación o definición de situación jurídica; lo que se ocasionaría en consecuencia sería una congestión que iría en contra de la seguridad jurídica que se pretende brindar. Resultaría difícil evitar las solicitudes de los defensores argumentando la necesidad de que sus casos sean definidos por el tribunal de garantías ante el más mínimo asomo de circunstancias adversas o ante posibilidades de dilatar procesos.

Por otro lado, debemos entender que las disposiciones de la Corte Constitucional, con base en el correcto entendimiento del artículo 221 superior, señalan la obligación de administrar justicia mediante la integración de cortes marciales o tribunales militares, lo cual nos remite a un sistema acusatorio puro propio de las justicias penales militares de la mayoría de países del mundo y que en consecuencia operan de manera diferente, sin que consideren la figura de un juez especial que avale las solicitudes de los fiscales, tal como opera en nuestro sistema penal ordinario. La integración del tribunal para el caso de la definición de los conflictos de competencia, se simplificaría si se incluyen los tres o cuatro magistrados con conocimientos jurídicos y militares al Consejo Superior de la Judicatura que mantiene esa función en el numeral 6 del artículo 256 constitucional.

La reforma del artículo 221 constitucional se refiere a múltiples objetivos. En primer lugar, con el argumento de brindar seguridad jurídica a los combatientes, se elevan a rango constitucional diversos delitos para ser excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar, lo cual no resulta comprensible, no solo porque se le daría a la norma de normas un carácter subsidiario que bien le corresponde al Código Penal Militar sino porque, para la delicada función de calificar una conducta como delito de lesa humanidad — con base en el mero conocimiento de los hechos— para determinar la competencia *ab initio*, no se determina a quien corresponderá, lo cual es una de las causas que originan la inseguridad jurídica que afecta al combatiente.

Para el miembro de la Fuerza Pública desde su proceso de formación, es claro advertir que un delito de lesa humanidad, un genocidio, una tortura, una desaparición forzada o un delito sexual no será investigado por la Justicia Penal Militar. El problema para él es no tener la certeza de saber a quien corresponderá darle esa connotación cuando se refiera a hechos sucedidos en desarrollo de operaciones militares, porque la experiencia vivida en los últimos años le está indicando que al lugar de los hechos está acudiendo un conjunto de personas que no están en capacidad de analizar la circunstancias que se experimentan en una situación de combate. Aquí cabe anotar que este asunto tan importante, se encontraba definido en el artículo 2° de la Ley 522 de 1999 (anterior Código Penal Militar), el cual disponía: “... 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”, artículo este que no fue incorporado inexplicablemente al nuevo Código Penal Militar, contenido en la Ley 1407 de 2010, a pesar de haber sido declarado exequible por la honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-361 de 2001.

En segundo lugar, al artículo 221 se le pretende agregar, a manera de memorando a los jueces, tener en cuenta las normas del D.I.H. cuando se trate de investigar a miembros de la Fuerza Pública por conductas relacionadas con el conflicto armado, lo que aparece como innecesario, puesto que ya las existentes normas constitucionales obligan a tener en cuenta los tratados y convenios ratificados por el Congreso, dentro de los cuales se encuentran las normas de Derechos Humanos, el D.I.H. y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Así, no parece coherente remitir a una norma estatutaria normas que ya se encuentran reguladas en el Derecho Internacional por misma disposición de la Constitución Política, formando parte importante del denominado bloque de constitucionalidad.

En tercer lugar, aparece la conformación de una comisión adicional de carácter técnico integrada por cuerpos técnicos judiciales pertenecientes a cada una de las Jurisdicciones Penal y Penal Militar, para definir competencias en caso de duda, lo cual viene a sumarse al tribunal de garantías, sin perjuicio de la facultad que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura en el numeral 6 del artículo 256 superior. Debemos tener en cuenta que en la actualidad, la Justicia Penal Militar no cuenta con ese cuerpo técnico especializado y que su admisibilidad puede presentar fallas de institucionalidad ante la

negativa de conceder funciones de Policía Judicial a los miembros de las Fuerzas Militares de acuerdo con recomendaciones de los organismos internacionales. La definición de competencia, tal como se ha sostenido anteriormente, debe ser definida por el funcionario judicial y no por un órgano de carácter técnico, una vez se tenga conocimiento de los hechos, con base en las pruebas allegadas y de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública.

No aparece claro frente al artículo 221, el cual dispone la conformación de tribunales y cortes marciales por miembros de la Fuerza Pública, la intención de conformar la Justicia Penal Militar como una organización independiente del mando institucional. Nuevamente se cae en el error de que, pretendiendo separar funciones, se separen instituciones. Caso distinto, necesario y aplicable en sistemas penales militares de otros países es definir procedimientos y tipificar conductas punibles que contribuyan a prevenir y sancionar actos de intromisión en la administración de justicia y usurpación de funciones judiciales en asuntos judiciales.

La necesidad de la creación de un fondo destinado específicamente para financiar el sistema de defensa técnica especializada de los miembros de la Fuerza Pública aparece incontrovertible ante la evidente y vergonzante realidad de presenciar como los hombres sujetos a investigación penal por hechos sucedidos durante de sus funciones constitucionales, deben sufragar los gastos de la Defensoría Militar. En lo que respecta a la disposición según la cual los miembros de la Fuerza Pública deben cumplir su detención preventiva y pena en centros de reclusión establecidos para ellos, resulta igualmente necesaria, siempre y cuando ahora no se considere perdida esta garantía una vez se pase a la situación de retiro, sino su condición en el momento de la comisión de los hechos.

Teniendo en cuenta las recomendaciones del Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V., resumo así mi propuesta de acuerdo con lo planteado:

En primer lugar, considerar la posibilidad de integrar al Consejo Superior de la Judicatura los tres o cuatro magistrados con conocimiento militar, para su actuación en el análisis y definición de conflictos de competencia.

En segundo lugar, rescatar el artículo 2° de la Ley 522 de 1999, declarado exequible por la honorable Corte Constitucional mediante

Sentencia C-361 de 2001, el cual fijaba en cabeza del funcionario judicial, para que sea el funcionario judicial militar la autoridad en quien descansa la responsabilidad de definir la competencia para conocer *ab initio* del proceso, sin perjuicio de los conflictos de competencia que puedan presentarse.

En tercer lugar, excluir del proyecto de Acto Legislativo la definición de los tipos penales que no son de conocimiento de la jurisdicción penal Militar.

En cuarto lugar, exigir el cumplimiento de la norma constitucional del artículo 221, y la sentencia C-145 de 1998, la cual dispone la integración de cortes o tribunales militares escabinados (mixtos), conformados por miembros de la Fuerza Pública en actividad o en retiro, para transformar las lamentables condiciones actuales del juzgamiento, mediante la participación de vocales o jurados que conozcan y comprendan las situaciones que se presentan en la ejecución de actos relacionados con el servicio, y juristas militares que aporten el conocimiento jurídico aplicable a las operaciones militares.

Por último, mantener lo dispuesto en relación con la creación de la defensoría militar y el fuero carcelario y en caso de archivarse el proyecto, para el primer caso disponerlo mediante la expedición de una ley ordinaria, y para lo segundo exigir lo que ya se encuentra dispuesto en la Ley 65 de 1.993.

EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 192 DE 2012 Y LOS DERECHOS HUMANOS

DR. TODD HOWLAND*

I. INTRODUCCIÓN¹

Si bien existen problemas que es necesario resolver para mejorar el sistema judicial en Colombia, la propuesta de Acto Legislativo que cursa en el Congreso para reformar el fuero militar no es necesaria para superar las dificultades y, por el contrario, supone un retroceso en el funcionamiento de la administración de justicia en el país.

Tanto desde una perspectiva legal como práctica, la propuesta es deficiente. Así, el contexto político, la experiencia comparada y la jurisprudencia no favorecen una ampliación del fuero militar, sino su limitación. Además, una reforma constitucional no debería ocuparse de los objetivos contenidos en la propuesta, dado que algunos de los cambios podrían alcanzarse en la práctica sin mayor dificultad, a través de mecanismos legales o administrativos.

La reforma constitucional que se pretende introducir refleja la falta de confianza existente entre las diferentes instituciones del Estado. Este es un problema que debe ser abordado de manera directa y no indirectamente a través de este Acto Legislativo. La reforma simplemente crea confusión y no es claro si su aplicación será retroactiva y si los casos relacionados con los “falsos positivos” estarán bajo su órbita de competencia. Considerando la jurisprudencia vigente, y a

* Representante en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

¹ Síntesis de la ponencia.

pesar de las intenciones que inspiran la propuesta, es muy probable que la reforma sea declarada inexecutable por la Corte Constitucional —bien por razones procedimentales o sustantivas—, o que sea demandada con éxito ante los sistemas de protección interamericanos o de la ONU.

El Acto Legislativo tiene muchos seguidores entusiastas, quienes en su mayoría parecen apoyar esta propuesta por razones emocionales, ideológicas y políticas. El respaldo a la reforma se ha convertido en una especie de “prueba de fuego” sobre el apoyo a las fuerzas armadas. Así, el nivel de entendimiento y debate sobre su necesidad y contenido parecen irrelevantes frente al hecho de que la reforma debe ser apoyada como una cuestión de principio.

El presente documento explora las razones que motivan la reforma y ofrece alternativas a esta iniciativa desde una óptica práctica y viable. También presenta algunas de las razones por las cuales esta reforma es cuestionable desde una perspectiva de derechos humanos.

II. ¿PARA QUÉ UNA REFORMA CONSTITUCIONAL?

Existe en el país una creciente tendencia a reformar la Constitución como si esta fórmula, *per se*, pudiese resolver los problemas estructurales y aún coyunturales del Estado. En diversas ocasiones esto se ha hecho sin tener en cuenta el marco de las obligaciones internacionales de rango constitucional en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ni los precedentes jurisprudenciales que interpretan y delimitan el alcance de las normas. Es así como dichas iniciativas culminan en declaratorias de inconstitucionalidad, generando inestabilidad jurídica y retrocesos que pueden propiciar el debilitamiento institucional e incluso, la impunidad.

Desde una perspectiva de Derechos Humanos, la norma constitucional vigente en materia de fuero militar², la jurisprudencia de la Corte

² Constitución Política de 1991, artículo 221, según el cual “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”.

Constitucional³ y los desarrollos legales de los últimos 20 años⁴ han determinado que el fuero militar cobija única y exclusivamente los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, es decir, aquellos que se derivan directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les han asignado. La justicia penal militar constituye una excepción a la regla del juez natural, y por ello su ámbito de acción debe ser interpretado de manera restrictiva, particularmente teniendo en cuenta que en Colombia aquella pertenece a la rama ejecutiva del poder público, no a la Judicial.

Esta posición es compartida hoy en día por la mayoría de Estados del hemisferio, cuyas constituciones consagran, en general, una única norma a partir de la cual la ley reglamenta el tema, tal como sucede actualmente en Colombia⁵. En términos generales, se establecen

³ Corte Constitucional, sentencias C-358 de 1997, C-878 de 2000, C-713 de 2008, SU-1184 de 2001; C-533/08.

⁴ Los códigos penales militares expedidos en los últimos años en Colombia así lo reflejan: Ley 522 de 1999, artículo 3; y Ley 1407 de 2010, artículo 3, relativos a los delitos no relacionados con el servicio. Asimismo, en las Directivas del Ministerio de Defensa Nacional No. 10 de 2007 y No. 19 de 2007, se enfatiza que “la competencia de la Justicia Penal Militar es restrictiva y excepcional” y se reitera la regla frente a eventuales colisiones de competencia según la cual: “en los hechos en los que no aparezca diáfano su relación directa con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario. Es decir, que cualquier duda sobre la relación del presunto hecho punible con el servicio, debe resolverse a favor de la jurisdicción ordinaria”.

⁵ Ver por ejemplo, las constituciones de: EL SALVADOR, artículo 216, que se refiere a los delitos que “afectan de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar”; HONDURAS, artículo 90, que reconoce el “fuero de guerra para los delitos y faltas de orden militar”, definido mediante Decreto 58/93 por el Congreso como “el conjunto de normas contenidas en la legislación penal militar, a ser aplicadas por los tribunales militares a los miembros de las Fuerzas Armadas que estando de alta y en acto de servicio, incurrieren en la comisión de delitos o faltas de naturaleza estrictamente militar. En caso de conflicto de competencia en cuanto a si el delito es penal común o penal militar, prevalecerá el fuero común”; PARAGUAY, artículo 174, que establece que “los tribunales militares solo juzgarán delitos o faltas de carácter militar, calificados como tales por la ley, y cometidos por militares en servicio activo. Sus fallos podrán ser recurridos ante la justicia ordinaria. Cuando se trate de un acto previsto y penado, tanto por la ley penal común como por la ley penal militar no será considerado como delito militar, salvo que hubiese sido cometido por un militar en servicio activo y en ejercicio de funciones castrenses. En caso de duda de si el delito es común o militar, se lo considerará como delito común”; PERÚ,

como criterios imperantes el personal —sus destinatarios son exclusivamente militares o policiales—, y el funcional —la justicia penal militar es para delitos estrictamente militares—; es decir, que la justicia penal militar juzga las faltas y delitos típicamente militares, mientras que las conductas abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, que por su sola comisión rompen el nexo funcional del agente con el servicio, deben ser conocidas por la justicia ordinaria, lo mismo que aquellas que ofrezcan dudas sobre la naturaleza del hecho delictivo.

La Alta Comisionada de Naciones Unidas para Derechos Humanos, en su último Informe anual, correspondiente a 2011, reiteró *“la obligación de la justicia penal militar de abstenerse de iniciar investigaciones o reclamar la competencia cuando se han producido hechos que pueden constituir violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Además, en caso de duda, la jurisdicción ordinaria, y no la militar, debe ser competente, ya que la primera constituye la regla general y la segunda la excepción, en concordancia con los estándares internacionales y la jurisprudencia nacional de la Corte Constitucional. La Oficina en Colombia considera esencial que en estos casos las primeras diligencias sean adelantadas sin excepciones por la jurisdicción ordinaria. Estos estándares deben ser tenidos en cuenta en los debates sobre reforma de la justicia que están teniendo lugar en el Congreso de la República”*.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la existencia de un poder judicial objetivo, independiente e imparcial es esencial para el ejercicio y la protección de los Derechos Humanos, así como una condición indispensable para la vigencia del Estado de Derecho. Estos estándares son de obligatorio cumplimiento para Colombia, dada la ratificación de los instrumentos que contienen estas disposiciones y su incorporación —con rango constitucional— a nivel interno. En este sentido, una adecuada regulación de la justicia ordinaria y de la justicia penal militar es esencial para la

artículo 173, según el cual, “en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidas al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar”; URUGUAY, artículo 253, que dispone que “la jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra. Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la justicia ordinaria”; y VENEZUELA, artículo 261, según el cual “la comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar”.

correcta administración de justicia y la plena vigencia del derecho a un juicio justo, a través de las garantías plenas del debido proceso. Esto opera tanto frente a las víctimas de los delitos como a los presuntos responsables.

Las obligaciones internacionales del Estado, que constituyen el deber de garantía, implican, en materia de Derechos Humanos, la investigación, sanción y reparación integral, así como la existencia de recursos efectivos e idóneos, y el derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares.

Respecto de la justicia penal militar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que *“en 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 debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”*⁶.

Adicionalmente, el Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, adoptado por la Comisión de Derechos Humanos⁷, establece en el Principio 29 sobre las restricciones a la competencia de los tribunales militares, que *“la competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado”*.

Por su parte, en su informe E/CN.4/1999/63, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria consideró que *“de subsistir alguna*

⁶ CorteIDH, Casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006); Palamara Iribarne vs. Chile (2005); Masacre de Mapiripán vs. Colombia (2005); 19 Comerciantes vs. Colombia (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).

⁷ E/CN.4/2005/102/Add.1.

forma de justicia militar, debería en todo caso respetar cuatro límites: a) debería declararse incompetente para juzgar a civiles; b) debería declararse incompetente para juzgar a militares, si entre las víctimas hay civiles; c) debería declararse incompetente para juzgar a civiles y a militares en los casos de rebelión, sedición o cualquier delito que ponga o pueda poner en peligro un régimen democrático; d) no estaría en ningún caso autorizado a imponer la pena de muerte”.

Ahora bien, desde una perspectiva constitucional, el proyecto de reforma en trámite corre el riesgo de ser declarado inexecutable, además de las razones sustantivas descritas, derivadas de las obligaciones estatales en materia de Derechos Humanos, por la inclusión de mecanismos que vulnerarían el principio de igualdad ante la ley, consagrado constitucionalmente.

Razones procedimentales también podrían conducir a una posible declaratoria de inexecutable, aspecto que en su momento, de ser aprobada la reforma, evaluará la Corte Constitucional.

Teniendo en cuenta que esta reforma podrá ser cuestionada judicialmente a nivel nacional e internacional y su constitucionalidad no es clara, es un hecho que no resolverá los problemas existentes en la actualidad. Consideramos que, por el contrario, los agravará al generar confusión e inseguridad, particularmente mientras se definen los procesos que cuestionen su conformidad con las obligaciones del Estado y con los parámetros constitucionales.

III. LA DESCONFIANZA INSTITUCIONAL Y LA PROPUESTA DE REFORMA

Nuestra observación y análisis del proyecto de reforma constitucional nos indican que éste tendría su origen en la desconfianza existente entre las instituciones colombianas. Este problema no se resolverá a través de una reforma constitucional ni es, en sí mismo, una razón para introducir complejos y cuestionables cambios en la Carta.

Como se verá en adelante, la discusión responde más a posiciones ideológicas y políticas que a consideraciones legales, fácticas u objetivas, lo que se refleja en los argumentos debatidos en este contexto:

A. *No se garantiza el derecho de defensa de los miembros de la Fuerza Pública.* Se ha argumentado reiteradamente que no existe un sistema de defensa apropiado para los miembros de la Fuerza Pública ni mecanismos para proteger los derechos de los soldados y que

por ello es necesario un sistema independiente de defensa para miembros de la Fuerza Pública.

En relación con este tema, la Corte Constitucional ha señalado que la garantía constitucional del derecho a la defensa se extiende “*de modo expreso a todos los procesos penales, inclusive a los militares*”⁸ y ha reafirmado, en consecuencia, que “*se considera que es voluntad expresa del Constituyente de 1991, la de asegurar a todas las personas, en el específico ámbito de los elementos que configuran el concepto de debido proceso penal y de derecho de defensa también en el ámbito penal, el respeto pleno al derecho constitucional fundamental a la defensa técnica y dicha voluntad compromete, con carácter imperativo y general, al legislador, a la ley y a los jueces*”⁹.

En este sentido, la Constitución¹⁰ determina que una de las funciones del Defensor del Pueblo es la de “*organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley*”. La Defensoría Pública, según ha dicho la Corte Constitucional¹¹, “*tiene como propósito fundamental el de representar judicial o extrajudicialmente a quienes por razones de imposibilidad económica o social no puedan asegurar la defensa o el amparo efectivo de sus derechos*” y ha precisado que esta figura “*garantiza plenamente dos derechos fundamentales: el que tiene todo ciudadano de acceder a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública, y el derecho de defensa*”¹².

De manera que la figura de la Defensoría Pública para todos los ciudadanos que requieran de este servicio —incluidos, por supuesto, los miembros de la Fuerza Pública— debería ser fortalecida y su planta de personal ampliada con el personal profesional especializado y en número suficiente para atender las necesidades de las personas que así lo requieran. Así se desarrollará el mandato constitucional, según el cual el Estado debe ofrecer, en condiciones de igualdad las garantías propias del debido proceso a todas las personas vinculadas a una investigación penal.

B. *Los jueces militares garantizarán los derechos de los soldados mucho mejor que la justicia ordinaria.* Una segunda línea de argumentación presentada en defensa de la reforma se refiere a la alegada deficien-

⁸ Sentencia No. C-592/93.

⁹ Ídem nota anterior.

¹⁰ Artículo 282.4.

¹¹ Sentencia No. C-037/96.

¹² Sentencia No. C-071/95.

cia de la administración de justicia ordinaria para proteger los derechos de militares. En este sentido, vale la pena destacar que en múltiples casos, miembros de la Fuerza Pública condenados por el Tribunal Superior Militar han acudido a la Corte Suprema de Justicia, utilizando el recurso extraordinario de casación, con el fin de buscar la corrección de los errores o vicios contenidos en las decisiones en su contra. Con fundamento en la falta de competencia del Tribunal Militar, dada la ausencia de relación de los delitos con el servicio y la excepcionalidad de la justicia penal militar, en numerosas ocasiones la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dado la razón a la defensa técnica de militares y ha garantizado su derecho fundamental al debido proceso¹³.

Lo anterior permite aclarar, por lo menos, dos asuntos en relación con la supuesta desprotección de los miembros de la Fuerza Pública: en primer lugar, la justicia ordinaria ha actuado como garante de derechos fundamentales de militares que consideran que el Tribunal Militar los ha condenado injustamente, por lo que no es posible afirmar categóricamente que los jueces ordinarios actúan parcializados en su contra. Y en segundo lugar, es contradictorio el argumento según el cual los actuales parámetros constitucionales y su interpretación son confusos y violatorios de los derechos de los militares investigados, cuando justamente estos mismos parámetros son el principal argumento de su defensa en los procesos, en los recursos extraordinarios y ante el juez constitucional.

C. Los procesos son muy lentos en la justicia ordinaria. Otra de las razones que se esgrimen a favor de la reforma es la lentitud de los procesos en la Fiscalía, lo que lamentablemente no es exclusivo de esta institución sino que refleja una falla estructural del aparato judicial. De no resolverse este problema de fondo, la creación de nuevas instituciones y procedimientos terminaría duplicando las fallas estructurales de la administración de justicia.

En relación con la Fiscalía, las demoras en la definición de los procesos no son un fenómeno exclusivo de las investigaciones que se siguen en contra de miembros de la Fuerza Pública. Sin embargo, se ha identificado un empeño de la actual administración

¹³ Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de julio 1 de 2009, radicado 27239, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de agosto 18 de 2010, radicado 29934, M.P. Javier Zapata Ortiz.

del ente investigador de avanzar en la superación de la impunidad, incluyendo claramente el tema de la dilación de los procesos.

Asimismo, es útil tomar en consideración la existencia de mecanismos de terminación anticipada de los procesos que pueden conducir, donde sean aplicables, a que la duración de las investigaciones disminuya sustancialmente, al tiempo que pueden implicar una contribución eficaz al esclarecimiento de los hechos y al derecho a la verdad. Ello, por supuesto, sin desconocer los valores superiores de justicia, equidad y efectividad del derecho material.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que Colombia es un país afectado por fenómenos masivos de violaciones de Derechos Humanos que han sido perpetrados por diferentes actores, incluyendo miembros de la Fuerza Pública. El sistema de justicia ordinario no fue diseñado para responder a la gran escala de violaciones cometidas y se encuentra saturado con el número de procesos e investigaciones que se adelantan por esta causa. Bajo esta perspectiva, sin un cambio en la lógica de operación, el sistema de justicia no puede responder eficazmente.

D. *Los jueces no tienen el conocimiento requerido.* Se ha esgrimido que no hay suficiente conocimiento de la actividad militar en la justicia ordinaria y que esto afecta la garantía del derecho a un juicio justo. Consideramos que esto se podría subsanar, de ser el caso, con la eventual creación de salas especializadas en los tribunales de la justicia ordinaria, o bien a través de la implementación de programas de capacitación que permitan llenar ese vacío, en aquellos casos en los que, a pesar de haberse roto el nexo con el servicio, se requiera de un análisis especializado sobre la lógica de la actuación militar o policial.

Sería de gran utilidad evaluar e identificar conjuntamente cuáles son las fallas por desconocimiento de la práctica castrense que se atribuyen a las autoridades de la justicia ordinaria para determinar qué tipo de medidas específicas se requerirían para subsanarlas.

E. *La inseguridad jurídica de la tropa.*

1. Número de casos contra militares en trámite en la justicia ordinaria. Si bien existe un acumulado histórico de casos ante los jueces ordinarios, hay una buena razón para ello. Es algo que los militares deben aceptar como un problema del pasado y enfrentarlo directamente: el alto número de procesos que se adelantan en la

justicia ordinaria contra miembros de la Fuerza Pública son en su mayoría, derivados de la atroz práctica de ejecuciones extrajudiciales.

Se escucha decir con insistencia que se ha generado “inseguridad jurídica” para la tropa con la apertura de procesos penales en su contra y que ello justifica la reforma que se ha propuesto. En este sentido, como es de público conocimiento, en el país se presentó un incremento sostenido de las ejecuciones extrajudiciales entre 2002 y 2007 que generó la apertura de alrededor de 1400 procesos penales en la Fiscalía en contra de miembros de la Fuerza Pública, la gran mayoría asignados a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. La apertura de estos casos responde a la gravedad de estos hechos y a su naturaleza de actos ajenos por completo a la misión constitucional de la Fuerza Pública.

La tendencia, gracias a las medidas adoptadas en 2008 por el Gobierno para erradicar esa aberrante práctica, ha sido la disminución abrupta del inicio de procesos por hechos acontecidos después ese tiempo, como se evidencia en las siguientes gráficas.

CASOS ASIGNADOS A LA UNIDAD NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS POR HOMICIDIOS ATRIBUIDOS A AGENTES DEL ESTADO (POR FECHA DE LOS HECHOS)



Prueba de ello es que de los 1708 casos —que incluyen 4112 miembros de la Fuerza Pública— reportados por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, a 31 de marzo de 2012 ya se han producido 195 sentencias, 75 de ellas anticipadas —es decir, con aceptación de responsabilidad por parte de los implicados—y hay 100 casos en etapa de juicio, como lo indica el siguiente cuadro¹⁴.

INVESTIGACIONES HOMICIDIOS ATRIBUIDOS A AGENTES DEL ESTADO

Casos Asignados	1708
Casos Abiertos	1596
Casos en preliminar	920
Casos en instrucción	676
Personas vinculadas	4375
Miembros de la Fuerza Pública	4112
Personas acusadas	1863
Con resolución de acusación	1658
Con formulación de acusación	205
Casos en juicio	100
Sentencias condenatorias	195
Ordinarias	120
Anticipadas	75
Personas afectadas con sentencias condenatorias	523

Adicionalmente, del total de miembros de la Fuerza Pública vinculados a causas penales por homicidio, un 96% pertenecen al Ejército Nacional.

2. Percepción vs. realidad. La necesidad de información honesta en las Fuerzas Armadas. El temor a la judicialización se ha venido acumulando y una encuesta hecha a los miembros de la Fuerzas Armadas en 2010, reveló que para el 85% de los 5.000 uniformados consultados, el principal temor era terminar en la cárcel por participar en combates contra la guerrilla¹⁵.

¹⁴ Fuente: Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario - Estadísticas a 31/03/12.

¹⁵ Tomado de: "La paz y la fuerza pública... ¡arrr!", Revista Semana, edición 1586, Sept 22, 2012 p. 38-39.

Esta percepción errónea debe ser corregida. Ningún soldado debe ir a la cárcel por combatir la guerrilla en el marco del Derecho Internacional Humanitario. Nuestra Oficina no ha encontrado ningún caso en el que esto haya sucedido. Hemos documentado numerosos casos de ejecuciones extrajudiciales. Esta es una acción atroz y es un delito grave cometido en contra de población protegida. Y como tal lo deben señalar los oficiales superiores. Si los derechos fundamentales se respetan, no hay ninguna razón para temer a la justicia.

Se trata entonces de un problema de percepción, no de una realidad. La respuesta no debe ser una reforma constitucional. Admitir las faltas graves cometidas por miembros de la Fuerza Pública es el primer paso para superarlas. Es importante señalar que el sistema judicial es una manera natural para corregir los errores que se han cometido.

También es cierto que existe la percepción de que la justicia ejerce una especie de cacería de brujas. Una vez más, el problema es de confianza en las instituciones del Estado. Esto debe confrontarse igualmente.

IV. CONCLUSIÓN

Con base en las consideraciones que hemos formulado, reiteramos que, a juicio de la OACNUDH, no es necesaria una reforma constitucional respecto del fuero militar, e invitamos a las autoridades a afrontar con una actitud constructiva la superación de la desconfianza institucional. Igualmente, es necesario realizar un diagnóstico conjunto sobre los problemas y adoptar las medidas requeridas para superar las fallas que se identifiquen en materia de derecho a la defensa y el debido proceso en general, teniendo presentes en las discusiones, tanto los compromisos internacionales del Estado como los precedentes jurisprudenciales en la materia establecidos por la Corte Constitucional.

EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 192 DE 2012 Y EL DERECHO INTERNACIONAL.

RAFAEL ARTURO PRIETO SANJUÁN, PH.D.*

Buenas tardes a todos ustedes, muchas gracias al Doctor Fernando; con el cariño y la confianza, el respeto y la admiración que le debo: muchísimas gracias por haber impulsado este Panel. Mil gracias a la Universidad Sergio Arboleda; ese mismo cariño que profesan por la Universidad Javeriana es el que también les tenemos allá, así como las preocupaciones que compartimos en el día de hoy. Quisiera rendir además un saludo muy especial a la mesa principal y a todos ustedes, por esta preocupación legítima, reveladora del interés que tiene tanto la sociedad civil como la academia, en los asuntos militares, pero especialmente, en el marco de la reforma al fuero militar. Creo que es uno de los proyectos que en mucho tiempo no vinculaba a tantas personas y a tantos sectores. Celebro no solamente la preocupación que existe en nuestro país, sino también en el seno de los organismos internacionales y los no gubernamentales por la defensa y protección de los Derechos Humanos.

Noté que en seguida de mi comunicación, el Coronel JAVIER AYALA presentará una acerca de “por qué investigar en el mundo del Derecho Internacional Humanitario”, y pensaba en el gran riesgo de privarlo de cierta parte del contenido de lo que él tendría ya preparado. Pero realmente no es así. ¿Por qué? Porque el tema para el cual se me ha invitado a disertar durante los próximos 20 minutos

* Transliteración revisada por el panelista, a cargo del Egresado de la Escuela de Derecho y Monitor adscrito al Departamento de Derecho Penal, LUIS CAMILO PÉREZ DUARTE.

es el relativo al proyecto de Acto Legislativo en discusión, pero con relación al Derecho Internacional. Entonces, lo que me parece más importante es que en este plano, formule de mi parte la cuestión relativa a las fuentes de esta rama del Derecho. Porque en nuestro medio, en Colombia, como en otras partes del mundo, se usa y se abusa del Derecho Internacional, sin que corresponda a la traducción de lo que realmente significa. Hecha esta aclaración, mi charla estará orientada desde el punto de vista de un internacionalista, de un abogado internacionalista.

En ese sentido, les propongo que después de la introducción abordemos algunos temas de Derecho Internacional general, así como otras subcategorías. Esto nos permitirá hacer la distinción entre lo que es el régimen del Derecho Internacional Humanitario y, particularmente, los mecanismos de sanción de “infracciones graves”, así denominadas por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I, frente a una institución que va creciendo, que va madurando, quizás un poco como en la artística locura de Picasso, con extraordinarias, pero difíciles e indefinidas formas como aquella a la que denominamos *Crímenes de Lesa Humanidad*. De hecho, considero que es la confusión entre las primeras y los segundos donde reside la incomprensión, al igual que los problemas de interpretación y aplicación del Derecho Internacional y, por esa vía, del concepto y contenido del fuero penal militar.

I. DE LA INCOMPRENSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.

En ese orden de ideas, debemos hacer una distinción en Derecho Internacional Público, teniendo presente que una de sus ramas más importantes es la relativa a la protección de los seres humanos. En ese sentido, suele hacerse una diferencia que consiste en referirse, por una parte, al régimen de protección, Derecho o sistema Internacional de los Derechos Humanos. De manera muy reduccionista, este régimen se ocuparía solamente de aquellas violaciones contra las personas, “en tiempos de paz”, mientras que, por otra parte, el Derecho Internacional Humanitario trataría sólo la cuestión de la protección de la persona en situaciones especialmente delicadas como las planteadas por los conflictos armados.

Así las cosas, tenemos que identificar primero cuáles son las fuentes del Derecho Internacional, y de estas dos subespecialidades en particular. Dichas fuentes son, antes que nada, los tratados internacionales. Es ésta

la precisión que me parece necesario formular en estos instantes, por cuanto el Derecho Internacional –por lo menos el Derecho Internacional convencional– se refiere muy poco o nada al fuero militar. Primer punto de partida.

La segunda fuente, no necesariamente en orden de jerarquía, sino en el de presentación del Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es la costumbre internacional. Este punto resulta de la mayor importancia, toda vez que, en el lenguaje de la ONU, así como en el que emplean los órganos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, en el de las organizaciones tanto intergubernamentales como no gubernamentales, e incluso en el de algunos expertos, se hace referencia –no sé si a título de una tercera fuente– a lo que se ha dado en llamar *estándares internacionales*. Es por ello que quisiera preguntar: ¿qué son los estándares internacionales? ¿Es la misma costumbre internacional...? O simplemente los estándares serían una práctica general, jurídicamente no vinculante, una especie de *soft law*. Porque si nos ubicamos en un plano jurídico, entre las fuentes formales del Derecho Internacional sólo contamos en sentido estricto con los tratados internacionales, la fuente formal por excelencia por su modo de creación y, enseguida, con la costumbre internacional; si se quiere, aquella norma que no es el producto, por lo menos no solamente de un tratado internacional, sino que es el reflejo de una práctica constante, sistemática y generalizada, con una *opinio iuris* que le acompaña, es decir, con la creencia de que esa regla o esa práctica es vinculante, tanto, como si fuera un tratado internacional.

Entonces, ¿qué significan los “estándares internacionales”? Eso no lo puedo responder, porque francamente no lo sé. Si ustedes me lo permiten, lo que sí puedo plantear, con conocimiento de causa, son algunas reflexiones a partir del Derecho Internacional vigente o positivo. A ese propósito, sabemos que contamos con dos fuentes particularmente importantes. En el campo del derecho convencional o del derecho de los tratados, sin duda alguna debemos referirnos a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y a sus dos Protocolos adicionales, destinados a proteger las personas en situaciones de conflicto armado. Ahora bien, en materia de costumbre internacional tenemos, sobre todo los países de sistema romano-germánico, una dificultad mayor, que es la norma no escrita. ¿Cómo se introduce este tipo de norma en nuestro ordenamiento interno? ¿por vía legal, cuando el constituyente o el legislador dicen: “mire, voy a adoptar

esta norma que no aparece en ningún tratado pero que para nosotros tendrá el valor de ley, o por vía jurisprudencial...? Lo que haría surgir inmediatamente una importante discusión, a saber, ¿cuál es la competencia o el poder que tiene el juez para crear normas aferrándose a “estándares internacionales”, no necesariamente convencionales, sino como resultado de la interpretación de una práctica internacional, real o pretendida, que se incorpora como derecho en el ordenamiento jurídico interno?

El caso concreto e ilustrativo del problema es el del uso de la noción de Crímenes de Lesa Humanidad. Por supuesto, hay comportamientos que encontramos en el Código Penal que corresponden con lo que buena parte de la sociedad internacional conoce con dicha denominación o categoría, pero no tenemos un título, capítulo o lista en nuestro Código Penal donde se tipifiquen los llamados Crímenes de Lesa Humanidad. Si ustedes dan “Ctrl+F” a un documento en PDF o en HTML, o “Ctrl+B” a un documento en Word que contengan nuestro Código, y colocan dicha expresión, no la van a encontrar. Recordemos que la construcción confusa e incoherente de la noción de Crímenes de Lesa Humanidad en Colombia, ha sido esencialmente atribuida a la Fiscalía o a la Magistratura en ciertos casos de trascendencia nacional. Más aún, en algunos casos se ha empleado simplemente para evitar que no prescriba la acción penal sobre ciertos delitos. Pero muy pocas veces se ha hecho con fundamento en la sistematicidad o generalidad del ataque contra la población civil, como se estableció en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sino, de manera selectiva, bien sea porque la víctima tenía un reconocimiento o una importancia social o política, por ejemplo. Empero, crímenes mucho más difíciles de aceptar a nuestros ojos, por el grado de barbarie o de sevicia, seguramente no van a constituir un crimen de lesa humanidad en el campo penal, de acuerdo con el ordenamiento jurídico actual.

¿Cómo calificarían ustedes el crimen de la señora que es encontrada torturada y al borde de la muerte en el Parque Nacional, y que finalmente fallece como consecuencia de las lesiones y la infección generalizada de sus órganos internos? Yo diría, como ciudadano -no como abogado- eso es un Crimen de Lesa Humanidad, un crimen horrendo. Pues bien, en la calificación de un juez, de acuerdo con la normativa vigente, difícilmente podría calificarlo de Crimen de Lesa Humanidad si no demuestra la sistematicidad o la generalidad del ataque, es decir, que detrás de ello haya una política sistemática

o generalizada de atacar, digamos, un grupo particularmente identificado por su género. Pero este tipo de análisis o hipótesis no se están realizando en nuestro país, comenzando por la inexistencia legal del contexto como elemento necesario del tipo penal. Esas construcciones dogmáticas, si prefieren, se están haciendo en tribunales internacionales, con un gran esfuerzo y trabajo académicos, en medio de un debate no exento de críticas; pero al fin y al cabo, es ese esfuerzo de reflexión jurídica el que ha permitido finalmente que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se haya llegado a identificar una lista casi que taxativa de Crímenes de Lesa Humanidad.

II. LA CONFUSIÓN ENTRE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA.

Ahora bien, es importante señalar que los Crímenes de Lesa Humanidad, en cuanto al acto, pueden coincidir con ciertos Crímenes de Guerra, en el lenguaje del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que tampoco nos dice nada sobre el fuero penal militar. Dicho Estatuto califica determinados comportamientos como Genocidio, como Crímenes de Guerra o como Crímenes de Lesa Humanidad y, esperando que algún día entre en vigor, como crimen de Agresión, pero atendiendo en cada caso, a determinadas circunstancias o condiciones.

En cuanto al Derecho Internacional Humanitario –seguramente el Coronel AYALA tendrá la oportunidad de profundizar– tampoco se hace mayor precisión sobre la distinción o repartición de competencias de los tribunales en el orden interno. Si examinamos los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional, la obligación fundamental que va a inspirar todo el sistema de Derecho Internacional Humanitario es la de *respetar y hacer respetar* las obligaciones allí contenidas (Art. 1º común a los cuatro Convenios de Ginebra). Y luego, en términos simples, la parte de aplicación y sanciones de este régimen se traduce en el compromiso de cada Estado a respetar y a hacer respetar el DIH, particularmente en las filas de sus fuerzas militares, pero no nos dice nada sobre el fuero en particular. De pronto, el Convenio número tres, sobre prisioneros de guerra (en un conflicto internacional), es más preciso, porque se basa en la idea de que se trata de combatientes regulares en poder del enemigo, pero, en general, no hay una indicación específica sobre cuáles son las jurisdicciones competentes; por lo menos no hay una obligación como tal, por lo que cada Estado

queda en libertad de adoptar el tipo de medidas que considere más adecuadas para cumplir con la obligación de respetar y hacer respetar las normas convencionales.

Lo que sí existe, es una lista de *infracciones graves*, así denominadas, en el Convenio número uno, en el dos, en el tres, en el cuatro, y en el Protocolo I, que condensa, de alguna manera, los cuatro anteriores. Sin embargo, no contamos con una lista de infracciones graves en el Protocolo II, sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales. Se requiere entonces que dichas infracciones sean incorporadas, así sea con una denominación diferente, en el orden interno a fin de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas con dichos tratados. Y aún así, como abogado, en nuestro sistema, difícilmente podría defender una posición diferente a la que me brinda esencialmente el derecho escrito. La interpretación y recepción del derecho consuetudinario será una labor de identificación que corresponde al juez, si tiene consciencia de que la fuente del Derecho no es exclusivamente la Ley.

No obstante lo anterior, particularmente en materia de Crímenes de Lesa Humanidad, se puede constatar la gran dificultad que ha tenido el intérprete judicial para explicar el carácter vinculante, por ejemplo, de un tratado que ni firmó ni ratificó Colombia, a saber la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, y mucho menos de cómo se habría incorporado dicho tratado en el ordenamiento jurídico interno. Ahora, si es que estamos pasando a un sistema no solamente acusatorio, sino de origen prácticamente anglosajón, basado en la costumbre y en el precedente judicial, incluyendo figuras no consagradas en la ley, sino propias del Derecho Internacional consuetudinario -a lo cual personalmente no me opongo-, muy respetuosamente sugeriría que el estudio y la incorporación del Derecho Internacional, bien sea de raigambre convencional o consuetudinaria, se hiciera de manera muchísimo más refinada, a fin de no distorsionarlo ni afectar de paso, tanto el Derecho interno como los derechos fundamentales, tanto de víctimas como de procesados.

III. ALGUNAS INCONSISTENCIAS DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO.

Retomando, ya en concreto, lo que tiene que ver con el proyecto que nos ocupa, no voy a insistir en algunos de los puntos que ya han sido debatidos, creo que con lujo de detalles y que llaman

la atención de quienes hacen nuestras leyes. De hecho, celebro la preocupación del Dr. LOZANO -aunque no se trata de hacerle campaña-, pero la celebro por estar presente, escuchando diversas opiniones y tomando apuntes; ojalá estas reflexiones pudieran ser discutidas en lo que resta del proceso legislativo con la Academia: me parece de la mayor importancia. Lo expreso así -cosa que ya he hecho con congresistas cuando se deciden a participar en foros o en programas de radio, o cuando simplemente se interesan por estos temas-, también a manera de sugerencia, porque muchas veces no se le presta atención a la complejidad y trascendencia de la tipificación de los Crímenes de Lesa Humanidad. En efecto, cuando discutimos el punto, en el mejor de los casos de pronto queda como tema de reflexión, pero hasta ahora nadie ha osado atender uno de los problemas fundamentales que seguirá subsistiendo en nuestro país por la falta de definición de esta categoría de delitos.

Veamos, en esta parte del proyecto, en el artículo tercero lo que se dice al respecto: “en ningún caso la Justicia Penal Militar conocerá de los crímenes de lesa humanidad”, pero sin saber lo qué son o cuáles son... Lo que si sabemos es que es un asunto que no es de la competencia de la justicia penal militar. Y continúa dicho artículo afirmando que tampoco conocerá dicha jurisdicción “del delito de genocidio ni de delitos que de manera específica [lista que ha demostrado ser de una variable geometría a lo largo de este proceso], precisa y taxativa defina una ley estatutaria”¹.

No obstante, avizoro una dificultad adicional, ¿por qué? Porque, como muchas veces ocurre en nuestro país, vamos a “inventarnos” los delitos, tanto las infracciones graves del régimen de Derecho Internacional Humanitario, que son taxativas, que están en los cuatro convenios de Ginebra, que es una obligación para Colombia incorporarlas, tipificarlas, investigarlas y sancionar a sus autores, al igual que los crímenes de lesa humanidad. Pues no diría que a inventar quizás, pero sí a tratar de traducir algunos de los crímenes de lesa humanidad, sin estar seguros de que allí estén todos, o haciendo distinciones que agregan una mayor confusión: ¿la tortura, la desaparición forzada, la violencia sexual, las ejecuciones extrajudiciales, o el desplazamiento forzado, constituyen una categoría diferente de los crímenes de lesa humanidad? Más aún, ¿no ocurren muchas veces precisamente como resultado de la

¹ Téngase en cuenta, al efecto, el texto aprobado durante el séptimo debate que aparece en el Anexo (Nota del Director).

confrontación entre las partes y sería por ende un crimen de guerra o un delito de DIH?

A su vez, en el plano procesal, vamos a tener situaciones en las que un mismo individuo, susceptible de cometer Crímenes de Guerra, como para sintetizar, o infracciones graves a los cuatro convenios de Ginebra, para ser más preciso, también podría cometer de manera concomitante o subsecuente Crímenes de Lesa Humanidad. Es el ejemplo de quien hace uso de la fuerza letal contra un adversario que lo amenaza o ataca en el desarrollo de una operación militar o de combate, pero quien, asimismo, emplea dicha fuerza contra una persona que no participa directamente en las hostilidades, o adopta un comportamiento que definitivamente no hace parte de sus funciones. Entonces, habrá un problema de competencia, en el que el mismo individuo tendría que responder ante diferentes jurisdicciones.

Así, existirá la dificultad de que, no solamente se tratará de diferentes actos, sino de otros comportamientos que al mismo tiempo podrían constituir violaciones o infracciones graves, y al mismo tiempo de delitos que podrían ser considerados como Crímenes de Lesa Humanidad, por ejemplo en el caso del terrorismo. El uso del terrorismo o la diseminación del terror entre la población civil, proscritos por los Protocolos I y II, serían exclusivamente una transgresión del Derecho Internacional Humanitario o podrían configurar un Crimen de Lesa Humanidad...? Por cierto, ¿quién tiene la capacidad para cometer este tipo de delitos, los civiles insurrectos o también los militares y quién los juzgaría...?

Esa es sin duda una cuestión que no podremos resolver aquí, pero que incide trascendentalmente en términos de competencia personal al afirmar que, “cuando la conducta de los miembros de la fuerza pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario”. Si no son miembros de las fuerzas militares, sino que pertenecen a grupos armados ilegales o a entidades no estatales, ellos, por ser civiles no estarían sujetos a una corte marcial, aún cuando tengan la capacidad de infringir el Derecho Internacional Humanitario. En consecuencia, seguiremos teniendo dos jurisdicciones que van a conocer de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, pero dependiendo de estatuto personal o de la pertenencia a un determinado grupo armado o la legalidad del mismo. En fin, en esas circunstancias, también habrá

una concurrencia de jurisdicciones y de competencias, porque muy probablemente un mismo comportamiento podrá ser calificado como Crimen de Lesa Humanidad y como Crimen de Guerra, infracción o violación grave al DIH, además de las consideraciones relacionadas con la calidad de su autor o de su pertenencia a las fuerzas militares o a grupos armados ilegales.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Yo quisiera, en los minutos que me restan, llamar de nuevo su atención sobre los denominados estándares. El representante de Naciones Unidas nos cita alguna “jurisprudencia” internacional –aunque realmente se refiere a otra cosa– relativa a los principios que redactó mi colega y amigo el profesor EMMANUEL DECAUX (hace apenas un mes conversábamos en un curso que dictamos en Brasil) en un informe relativo a [l]a administración de justicia por los Tribunales Militares. Se trata del informe adoptado por el Consejo Económico y Social el 13 de enero de 2006, el cual tengo conmigo en su versión en español. Pero, antes de continuar, vale la pena preguntarse ¿qué carácter vinculante tiene este documento, el de obligación internacional en términos convencionales o es una costumbre internacional? La verdad es que no es sino una recomendación, del más alto valor, pero de carácter formalmente no vinculante.

Veamos lo inscrito en los principios números 8 y 9: “Enjuiciamiento a los autores de violaciones graves a los Derechos Humanos”. El primero se refiere a la competencia funcional de los órganos judiciales militares. Y en los dos casos se inicia la frase de la siguiente manera: “La competencia de los órganos judiciales militares debería [en condicional: *should*, no *shall* ni *must*] estar limitada a las infracciones cometidas dentro del ámbito estrictamente castrense por el personal militar”. Ese principio lo adopta después de observar qué es lo que está pasando en el mundo, y es un principio que comparto. El segundo principio, el número nueve (9), afirma lo mismo y comienza de igual manera, pero “en todo caso, la competencia de los órganos judiciales militares debería excluirse en favor de la de los Tribunales de justicia ordinarios para instruir diligencias sobre violaciones graves de los Derechos Humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, y para perseguir y juzgar a los autores de esos crímenes”. También estoy de acuerdo con ello. Pero, el lenguaje y el carácter formal de este documento, es de *recomendación* porque quienes hacen el Derecho Internacional, nos guste o no, son los Estados. Por supuesto, entre ellos surgen

diferencias y son los mismos Estados quienes designaron, a través de Naciones Unidas, un relator especial, un experto en el tema para hacer las recomendaciones, pero la obligación internacional, como tal, no existe. La cuestión de la determinación de la competencia y, en general, de la administración de la justicia penal militar, es algo que el Derecho Internacional ha dejado a los Estados.

Para resumir, corresponde al Estado decidir qué es lo que más le conviene, pero yo sí sugeriría que se hiciera de la forma más técnica y sería posible. Simplemente, para terminar, quisiera preguntarles a ustedes si conocen la jurisdicción suiza, la casa de los Convenios de Ginebra, por cierto. Su justicia penal militar, porque conozco de algunos casos, primero, también juzga a civiles, cuando se trata de materias de Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad. ¿Por qué?, porque han llegado excombatientes o exgenocidas de Ruanda, por ejemplo, o de otros países a territorio suizo, y es la jurisdicción militar la que se encuentra en mejor posición para entender la dimensión de una macro criminalidad de semejante naturaleza. Pero, ¿quién osaría afirmar que Suiza es un país violador de Derechos Humanos? Entonces, creo que en el fondo lo que hay aquí es un problema mucho más delicado. El problema es de desconfianza hacia la justicia penal militar colombiana, de manera merecida o no, pero ese es otro problema que, en todo caso, no resuelve el Proyecto de Acto Legislativo en cuestión.

EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 192 DE 2012: ¿POR QUÉ INVESTIGAR EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO?

CORONEL JAVIER AYALA AMAYA*.

I. INTRODUCCIÓN.

El conflicto armado interno que enfrenta el Estado colombiano contra los grupos criminales de las FARC y del ELN, responsables entre otros delitos de terrorismo, narcotráfico y secuestro, ha sido hoy incrementado en términos de violencia por el accionar también delictivo de las denominadas Bandas criminales emergentes (BA-CRIM); estos grupos, todos al margen de la Ley, incluyendo a las FARC, quienes han iniciado diálogos con el Gobierno Nacional para un posible acuerdo de Paz en medio del conflicto, requieren de una contundente respuesta armada por parte del Estado de Derecho colombiano mediante el uso de su fuerza la cual, desafortunadamente para nuestros combatientes de las FF. MM., no obstante estar regulada desde el ámbito constitucional y legal, está totalmente desprovista de unas reglas claras de enfrentamiento que le permitan al comandante militar y a la tropa en general aplicar la autoridad y la fuerza, con la absoluta tranquilidad de que su misión no solo está avalada por el gobierno nacional y por el mando sino que, también, y con toda legitimidad, esté respaldada por el Estado de Derecho en su conjunto y, en especial, por su Comandante y Jefe Supremo

*http://www.usergioarboleda.edu.co/instituto_derechos_humanos/javier_ayala_amaya.htm. Oficial de la Reserva Activa del Ejército Nacional, Doctorando en Derecho Universidad Sergio Arboleda, Máster DD. HH. y DIH., Departamento Defensa EE.UU., Abogado CUM LAUDE y Tesis Laureada.

de las Fuerzas Armadas, es decir, por el Presidente de la República de Colombia quien por su condición constitucional y jerarquía es el directo responsable de señalar unas claras reglas de enfrentamiento.

Ya sea para una misión táctica en un marco de Derechos Humanos o en un marco de hostilidades, es decir, de aplicación del D. I. H. (Derecho Internacional Humanitario). De nada, pues, servirá que el actual proyecto de Acto Legislativo que se tramita en el Congreso le facilite a la jurisdicción penal militar investigar los hechos cometidos en combate, en el marco del Derecho Internacional Humanitario, cuando en la actualidad —por condiciones políticas de por sí lamentables— se ha generado inseguridad jurídica a los militares y a los policías; entre otras medidas, se destaca un Acuerdo entre el Ministerio de Defensa Nacional y la Fiscalía General de la Nación que, según concepto de la Procuraduría General de la Nación, presentado ante el Consejo de Estado, es inconstitucional porque restringe el fuero penal militar y le da competencia a la Fiscalía General de la Nación para asumir investigaciones, cuando es evidente que los funcionarios de esta última no tienen conocimiento del derecho operacional, no dominan el derecho de la guerra ni el Derecho Internacional Humanitario e, igualmente, no tienen claridad sobre el uso de la fuerza en el contexto de la asimetría del conflicto armado colombiano sin carácter internacional. La verdad, ello permite inclusive que los militares tampoco tengan claridad sobre cuáles son las auténticas reglas de enfrentamiento a seguir, y aún esta incertidumbre es más riesgosa cuando por directivas ministeriales se les ordena combatir bandas criminales emergentes con mayor capacidad delictiva, umbral de daño y violencia que inclusive las FARC en un supuesto marco de Derechos Humanos, es decir, combatir a las bandas criminales emergentes (BACRIM) como si fueran grupos de apartamenteros. Ello, de por sí, es abiertamente contradictorio con el Derecho Internacional Humanitario.

Esta falencia de reglas de enfrentamiento claras para el uso de la fuerza por parte de nuestras tropas militares y policiales y, a su vez, la restricción de su fuero penal militar mediante el citado Convenio del Ministerio de Defensa Nacional con la Fiscalía General de la Nación, que al parecer es totalmente inconstitucional, requieren con urgencia los correctivos necesarios; para ello, es importante fortalecer el conocimiento de la incipiente disciplina denominada Derecho Operacional, todo ello por quienes combaten al terrorismo y por quienes hoy, por decisiones políticas irresponsables, tienen la competencia de investigar a los militares del Estado Colombiano,

operadores judiciales que, como ya se dijo, nada saben de la Guerra, del DIH y, menos, de lo que es el Derecho Operacional.

Lo anterior ha contribuido a que muchos de nuestros mejores héroes, combatientes de la Patria, se vean injustamente incurso en procesos penales y disciplinarios por casos totalmente relacionados con el servicio. Pero, aún más, el desconocimiento del DICA que orienta al Derecho Internacional Humanitario y del Derecho de la Haya en el apropiado uso de los métodos y medios para conducir las hostilidades en la batalla es también notorio; ello genera, desde luego, un manto de duda e impunidad frente a la imparcialidad y a la justicia con que se desarrollan las investigaciones adelantadas por presuntas violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario cuando están involucrados miembros de nuestra institución militar.

II. ASPECTOS PARA ENTENDER POR QUÉ LOS HECHOS DE CONFLICTO ARMADO, SIN CARÁCTER INTERNACIONAL, SE DEBEN INVESTIGAR EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

- El DIH no es un apéndice de los Derechos Humanos.
- El DIH permite desplegar la fuerza militar con más contundencia, multiplicar el poder de las armas y de los métodos y los medios para conducir las hostilidades.
- DIH y DD.HH. son interdependientes, convergentes y necesarios pero no son iguales, no tienen el mismo lenguaje, ni los mismos interlocutores, ni llevan el mismo mensaje. La clave: entre más me acerque a las hostilidades (combate) más se aplican el DIH y sus principios. Entre más me aleje de las hostilidades cobran relevancia los DD. HH.
- El DIH, en la actualidad, no implica en un conflicto armado no internacional: a. reconocimiento de parte; b. reconocimiento de insurgencia, c. reconocimiento de beligerancia, d. existencia de una guerra civil.
- El DIH se aplica en un conflicto armado sin carácter internacional desde que comienzan las hostilidades hasta que culminan.
- El DIH se aplica en conflictos armados internacionales y en conflictos armados no internacionales, especialmente en situaciones que hayan superado un umbral de violencia y daño con intensidad y permanencia que los permita diferenciar de las tensiones internas y de los disturbios.

- Existen situaciones que no cumplen con los requisitos del Protocolo II en su artículo primero, ni con los del artículo 3º común en los cuatro convenios de Ginebra, ni los previstos en la jurisprudencia de tribunales internacionales; por eso no se aplica el DIH sino los Derechos Humanos. Excepcionalmente, el CICR en el texto “servir y proteger” posibilita aplicar ciertos principios del DIH respecto a la utilización de la fuerza en situaciones como las de las favelas de Brasil. Pero el contexto es totalmente diferente.
- El fuero penal militar no se defiende desde el campo de los DD. HH. Craso error, el fuero militar y las operaciones en tiempos de conflicto armado se defienden desde el DIH. El derecho operacional en un país con violencia como la colombiana no debe ser construido por quienes manejan exclusivamente DD. HH. El primer derecho que tiene un militar en tiempo de guerra es a neutralizar el objetivo militar o el blanco lícito. A un militar no se le puede compeler a no utilizar las armas del Estado, a un militar se le debe exigir aplicar el derecho de la guerra que es la médula espinal del arte de la guerra.

III. DEFINICIÓN DE REGLAS DE ENFRENTAMIENTO EN UN MARCO DE DERECHO OPERACIONAL

Se entienden las mismas como la herramienta principal utilizada para la regulación del uso de la fuerza y sirve como piedra angular de la disciplina del derecho operacional. Su fundamento parte de la observancia del Derecho Consuetudinario y convencional en cuanto al derecho de la legítima defensa y el Derecho de la Guerra. Otros aspectos que juegan un papel esencial en la elaboración y cumplimiento de las Reglas de Enfrentamiento, son los objetivos y las limitaciones tanto de tipo político como militar.

Se le atribuye un papel de vital importancia al asesor jurídico operacional¹, quien debe estar suficientemente documentado sobre los aspectos vitales de la operación tales como las armas a utilizar, los objetivos militares y, en general, todo lo relacionado con la ley del conflicto armado.

¹ Grimes, Derek I. (Maj), Rawcliffe, John (Maj), Smith, Jeannine (Cpt) (Editores): Operational Law Handbook, Virginia, [A Trillion Books Inc.](http://www.fas.org/irp/doddir/army/law2006.pdf), 2006, pág. 89 [En línea]. Disponible en: <http://www.fas.org/irp/doddir/army/law2006.pdf> [citado en 23 de noviembre 2012].

Otro aspecto a resaltar es la concepción que se tiene de las Reglas de Enfrenamiento como concepto general que maneja la doctrina y otro muy particular, clasificado como “secreto”, en lo que tiene que ver con aspectos específicos de una operación determinada.

De cualquier forma, se entiende que el asesor jurídico operacional deberá estar enterado en cada caso para la redacción y alcances de las Reglas de Enfrentamiento, ya sean de carácter general o las que estén cobijadas por el manto de confidencialidad que debe amparar el planeamiento de una operación específica².

Se definen, entonces, como Reglas de Enfrentamiento, las directivas emanadas de la autoridad militar competente para delinear las circunstancias y las limitaciones bajo las cuales las fuerzas del mar, tierra y aire iniciarán y/o continuarán una confrontación con otras fuerzas combatientes³.

A. Referente histórico. Las confrontaciones de todo orden han sido tan antiguas como la misma historia del hombre desde que está sobre la faz de la tierra. En épocas remotas se presentaban discrepancias que —en no pocos casos— eran solucionadas por las vías violentas, dando lugar al culto de la barbarie donde los hombres de las cavernas arrasaban con todo lo que tuviera vida y les fuera útil. Primaba la ley del más fuerte; y, desde luego, lo conocido como “Ley del Talión”, hasta que vinieron a crearse las primeras “leyes” entendidas como *“las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas constituye la soberanía de una nación”*⁴.

Pero tal vez se tiene como referente de lo que fueron las primeras regulaciones en esta materia lo especificado en la Biblia *“en donde Moisés estableció un conjunto de reglas para la captura, engaño, el sitiar al enemigo y el trato a los prisioneros de guerra (en aquel tiempo se mataban los hombres y se capturaban las mujeres). Un razonamiento temprano de las reglas de combate proviene de ALEJANDRO MAGNO, quien dijo: «¿Por qué destruir o matar lo que pronto va a ser tuyo?».* Su consejo era que no

² *Ibíd.*, pág. 89.

³ *Ibíd.*, pág. 90.

⁴ Beccaria, Cesare: De los Delitos y de las Penas, 2ª. ed., Bogotá, Editorial Temis, 1990, pág. 4.

se matara a los cautivos porque ellos más tarde pasarían a pagar tributos, a trabajar o se integrarían al ejército. En la edad media, las reglas que gobernaban las guerras empiezan a crecer a la par con el poder de la Iglesia y el ascenso de los caballeros. La caballería era un código de conducta que demandaba el ser un hombre de honor en la batalla e incluía la obligación de aceptar la rendición y el respeto a la propiedad de la iglesia. En respuesta a la declinación de la caballería como resultado de la naturaleza impersonal del desarrollo del arma de ballesta, un abogado holandés, llamado HUGO GROCIO, escribió el primer código completo de leyes de la guerra en tierra, que contiene muchos de los principios básicos que se utiliza hoy en día, en especial el concepto de sufrimiento innecesario y el de blanco legítimo para atacar. El primer código sobre la ley de la guerra fue conocido en los Estados Unidos como la Orden General # 100, el cual fue aprobado por el presidente Lincoln en el año de 1863. En función de los cambios de armas y tácticas al día de hoy, así ha tenido que cambiar la ley de la guerra. Estas leyes provienen de fuentes diversas, primariamente las convenciones de Ginebra de 1949 y las de la Haya de 1907”⁵.

Pero esto no estaría completo sino se conociera la posición de quienes deben estar en el campo de batalla y sufrir las vicisitudes de la guerra. Se tiene el caso de GUSTAVUS ADOLPHUS⁶ quien, en el año de 1621, escribió unos 150 artículos basados en el mantenimiento de la disciplina y la efectividad de la fuerza de combate. Por ejemplo, el artículo 100 se refería a la prohibición de quemar iglesias, hospitales y escuelas y el respeto al clero, ancianos, mujeres y niños si se probaba que ninguno de ellos contribuía a una resistencia armada. Pero, en términos generales, se tiene que reconocer que en el pasado no se hablaba mucho de unas leyes para gobernar las guerras. Esto ya no es así. En la segunda guerra mundial, los alemanes bajo el concepto de *Kriegsraison*, argumentaron que en ocasiones la realidad militar les permitía violentar la ley internacional, por ejemplo matar prisioneros en Malmedy por razón de que no habían previsto que iban a capturar prisioneros y no tenían un plan de manejo de los mismos y, por consiguiente, el cargar con los prisioneros ponía en

⁵ Izquierdo, Orlando A.: *Hacia un modelo de Reglas de Enfrentamiento para el Hemisferio Americano*. Washington, Colegio Interamericano de Defensa, Washington D.C., 2003, págs. 9 y 10. [En línea] Disponible en: <http://www.docstoc.com/docs/104987678/COLEGIO-INTERAMERICANO-DE-DEFENSA---Download-Now-DOC> [Citado en 23 de noviembre 2012].

⁶ Gustavo II Adolfo (1594-1632), Rey de Suecia (1611-1632), apodado “El León del Norte” por su liderazgo de las fuerzas protestantes en la guerra de los Treinta Años. Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005.

peligro su ataque. Por supuesto, esta doctrina hoy es una gravísima violación a la ley internacional.

Pero hay que recordar la historia de Colombia para tener en cuenta que el primer proyecto más encomiable en esta materia nació, el 26 de noviembre de 1820, a instancias de “El Libertador”, cuando él suscribió un documento de singular importancia con el llamado “Pacificador” PABLO MORILLO, que se conoció como los Acuerdos de Trujillo y recibió el nombre de “*Tratado de Regularización de la Guerra*”, que sintetizaba su pensamiento encaminado a la aplicación de una guerra regulada “*con el fin de que los actos de barbarie se evitaran en la medida de lo posible*”⁷. Ello sintetiza el pensamiento de BOLÍVAR, “*cuando en varias ocasiones hizo alusión, estando Venezuela sumida en una guerra de exterminio, a la imposibilidad de conducir la guerra “Tal y como lo hacen las naciones cultas”. Es decir sin actos de barbarie*”⁸.

Lo destacable de todo esto es que fue el citado “Tratado” el resultado de las consecuencias de la respuesta de la “*Guerra a Muerte*” que, en su momento, libraron los españoles desde México hasta Buenos Aires con DOMINGO MONTEVERDE a la cabeza, entre 1812 y 1813. Fue así como BOLÍVAR “*optó por responder, apartándose de los “preceptos” éticos del arte de la guerra, con la ley del “ojo por ojo, diente por diente”. Su proclama de “guerra a muerte” significaba una guerra de exterminio, una guerra sin cuartel*”⁹, en respuesta a la guerra a muerte adelantada por el español ya citado.

Bajo esta política fue como se tejió una de las páginas más oscuras de nuestra guerra de independencia cuando BOLÍVAR, luego de sucumbir ante BOVES el dos de febrero de 1814, el día 8 del mismo mes ordenó la ejecución de ochocientos prisioneros españoles. “*No hubo excepciones, ni siquiera se perdonó a los pacientes de los hospitales, y la orden fue llevada a cabo en la forma más cruel*”¹⁰. Justificó El Libertador tal acontecimiento al señalar que “*No sólo por vengar a mi patria, sino por contener el torrente de sus destructores, estoy obligado a esta severa medida*”¹¹.

⁷ GONZÁLEZ PACCIOITI, MARGARITA: “Bolívar y el Arte de la Guerra”, en *Revista Al Margen*, No. 11, 2004, pág. 7.

⁸ *Ibíd.*, pág. 7

⁹ *Ibíd.*, pág. 11.

¹⁰ Cfr. MASUR, GERHARD: *Simón Bolívar*, Trad. Pedro Martín de la Cámara, México, Biografías Ganesa, Editorial Grijalbo, 1960, pág. 191.

¹¹ LECUNA SALBOCH, VICENTE. “La Guerra a Muerte” (continuación), *Boletín de la Academia Nacional de Historia*, tomo XVIII, No. 69, enero-marzo de 1935, Caracas, 1935, pág. 28.

Pero lo que debe ocupar la atención fue el verdadero alcance del “*Tratado de Regularización de la Guerra*” que en sus 14 artículos reglamenta el tratamiento que a partir de ese momento, 26 de noviembre de 1820, debía dársele a los prisioneros de guerra y a la población civil evitando las represalias para humanizar las consecuencias que conllevaba la gesta libertadora. Adicional a lo anterior, hay que tener en cuenta que ya para 1863, como se refiriera en anteriores párrafos, a instancias del presidente LINCOLN, nació el Código Lieber, considerado como el primer intento de codificación de las leyes y costumbres de la guerra, aunque sólo tuvo alcance para la guerra civil norteamericana; en la práctica no fue ampliamente aplicado, si para ello se toma como ejemplo lo ocurrido en el campo de prisioneros de Andersonville, donde perecieron más de 13.000 prisioneros durante 14 meses por diversas causas, dadas las condiciones de trato y hacinamiento.

Pero un intento más consolidado se dio a instancia de HENRY DUNANT, como producto de su obra “*Recuerdo de Solferino*”, cuando en 1864 se firmó el Primer Convenio de Ginebra dando lugar al primero de los documentos suscritos a instancias de la comunidad internacional para humanizar las resultas de la guerra, lo cual fue posteriormente complementado, tanto por la Declaración de San Petersburgo de 1868, como por las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907; anótese que en 1929, en Ginebra, se suscribió otra Convención relacionada con la Guerra Terrestre, la Guerra Marítima y el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, pero ella no tuvo suficiente efecto ya que pocos países la ratificaron.

Centralizando el tema en lo que concierne con los conflictos armados actuales y el respeto por el derecho de gentes, se estima pertinente efectuar algunas anotaciones en relación con el desarrollo de los conflictos modernos. Por ello, MICHAEL WALZER¹² ha dicho que la visión negativa de la guerra es un enfoque moderno, pues en la antigüedad ésta era vista como una actividad legítima, desempeñada por guerreros en la que por lo general no se involucraba a la población civil¹³. El concepto de guerra total, en la cual la capacidad

¹² Cfr. VILLAMIZAR, ANDRÉS: “Errores Militares y Reglas de Encuentro”. [En línea]. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/seguridad/docs/seg_docdocumrel/reglasdeencuentro-andres-0047.pdf. Citado en 23 de noviembre 2012.

¹³ WALZER, MICHAEL: *Just and Unjust Wars A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 2000.

industrial, el aparato económico y la población civil como un todo se convirtieron en un blanco del esfuerzo bélico, nació durante la Segunda Guerra Mundial, primer conflicto en el que murieron más civiles que uniformados, por lo que surgió la necesidad de establecer reglas claras de protección a los civiles y la diferenciación entre los combatientes y los no combatientes¹⁴.

Prácticamente todas las naciones del mundo, y en particular los regímenes democráticos, acatan estas normas. En este marco de limitación al uso de la fuerza surgen las reglas de encuentro¹⁵ (*rules of engagement*) o ROE, las cuales fueron promulgadas por primera vez de manera explícita en 1979 por parte de la Armada estadounidense, que imperan en todos los estados para regir el empleo de la fuerza letal por parte de sus fuerzas armadas¹⁶.

B. Concepto de Reglas de Enfrentamiento. El primer caso conocido de Reglas de Enfrentamiento es traído de las palabras del militar e historiador norteamericano WILLIAM PRESCOTT¹⁷ quien advertía: “No abran fuego sino hasta que puedan verle al enemigo el blanco de la córnea del ojo”. Parecieran extremos estos ejemplos en los tiempos actuales pero no deja de ser muy dicente que desde el siglo XVIII, ya existía preocupación sobre las regulaciones que debían observar los combatientes en el campo de batalla, así la historia enseñe que fueron más las atrocidades y desmanes que se cometieron que la observancia de un patrón humanitario ante la eventualidad de una confrontación bélica. De cualquier forma, se anota que el ámbito evolutivo de las Reglas de Combate pudo tener origen, en la historia reciente, en Malta en los años sesenta y que su fundamento radica en ser una herramienta mediante la cual las “Autoridades de Nacionales de Mando y los comandantes operacionales tratan de ejercer control sobre el uso de la fuerza en una crisis o de controlar un conflicto”¹⁸.

¹⁴ Idem. Si bien la noción de la diferenciación entre los combatientes y los no combatientes había surgido desde la Primera Guerra Mundial, fue la devastación causada por la Segunda la que la possibilitó.

¹⁵ Cfr. VILLAMIZAR, Op. cit., pág. 2. El término original anglosajón, *rules of engagement* es generalmente traducido al español como reglas de enfrentamiento. Sin embargo aquí se emplea la expresión reglas de encuentro, porque precisamente una de sus funciones es la de ayudar a determinar si debe haber enfrentamiento o no, por lo que la expresión reglas de enfrentamiento indicaría erróneamente que solo se emplean durante el combate.

¹⁶ VILLAMIZAR, Op. cit., pág. 2.

¹⁷ HICKLING, WILLIAM, t. 1726–1795.

¹⁸ GRIMES/RAWCLIFFE/SMITH, pág. 67.

La reglamentación que sobre la materia trae el “Manual de Derecho Internacional Operacional” las define como las directrices que la autoridad militar, por competencia, emite para delinear las circunstancias y limitaciones bajo las cuales sus fuerzas navales, de tierra y del aire originarán o proseguirán combate con el enemigo¹⁹. Aunque es de anotar que la misma doctrina trae un concepto más amplio al señalar que *“Son directivas que un gobierno puede establecer para delinear las circunstancias y limitaciones bajo las cuales sus fuerzas navales, terrestres y aéreas entablarán combate con el enemigo y proseguirán la lucha con el mismo”*²⁰.

La Guerra del Golfo demostró que los jefes civiles y militares norteamericanos habían aprendido las lecciones importantes aportadas por la Guerra de Vietnam. La existencia de un reglamento de combate bien definido tuvo un papel destacado en este éxito. Por eso, las operaciones norteamericanas en el Golfo se parecían muy poco a las de Vietnam, donde las restricciones impuestas a la selección de objetivos y a las tripulaciones aéreas estorbaban de manera irrazonable e innecesaria la eficacia militar y aumentaban los riesgos que enfrentaban dichas tripulaciones. Los esfuerzos por educar al personal en materia de derecho bélico han tenido éxito. El respeto por las leyes aplicables a las operaciones de guerra y el trato humano del que fueron objeto los soldados y civiles iraquíes, fueron indispensables para mantener el apoyo de la opinión pública nacional e internacional. Y lo que es aun más importante, proceder como se hizo fue lo correcto. El ejercicio del derecho operacional tuvo un papel importante en el éxito de esta campaña²¹.

Esta definición se ajusta un poco más a lo que se quiere mostrar y es la estricta subordinación de la autoridad militar ante la civil; la que en últimas, bajo su responsabilidad, emite las políticas dentro de las cuales se encausará el despliegue de la fuerza, observando eso sí, un claro respeto por las normas mínimas de humanidad o de lo contrario se caería en los extremos vividos en el conflicto de los Balcanes o algunas naciones africanas, donde se caracterizó

¹⁹ Grimes/Rawcliffe/Smith, idem, pág. 67.

²⁰ Idem, pág. 67.

²¹ Humphries, John G.: “El Derecho operacional y el reglamento de combate. en las operaciones escudo del desierto y tormenta del desierto”. [En línea]. Disponible en: <http://www.airpower.au.af.mil/apjinternacional/apj-s/1993/2trimes93/humphries.html> [citado en 23 de noviembre 2012].

la política estatal por desconocer el mínimo humanitario frente a quienes iban en contra de sus designios.

Por eso, se comparte lo que otra fuente doctrinaria enseña: *“Las Reglas de Enfrentamiento se definen como directivas establecidas por una autoridad competente y de rango superior que delimitará las circunstancias y limitaciones bajo las cuales las fuerzas militares iniciarán o continuarán el combate con otras fuerzas”*²². Siguiendo los conceptos del autor citado, es imperioso puntualizar que al fijar tales Reglas, ellas deben descansar en los postulados del Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA), armonizados con la política pública del país, la opinión pública y la restricción en las operaciones militares²³. Estos últimos aspectos juegan un papel primordial al momento de deslindar responsabilidades que bien pudieran, *a priori*, cuestionar la ejecución de la misión por parte del personal de las Fuerzas Armadas.

No se debe pasar por alto, lo que sobre este particular ha señalado el Comité Internacional de la Cruz Roja al precisar que: *“Son un mecanismo básico para que los mandos superiores decidan cuando se debe desplegar una fuerza militar y cuánta fuerza se puede emplear. Determinar el grado y las modalidades de aplicación de la fuerza, así como los límites dentro de los cuales puede actuar un jefe. Se pueden trazar reglas de enfrentamiento para restringir acciones concretas o para ampliar los límites de una acción, sin dejar de aplicar el derecho internacional. Las reglas de enfrentamiento son la suma de varios factores, que incluyen el marco jurídico de las operaciones, instrucciones políticas y misión militar”*.

Por ello, es justificable y merece respaldo el artículo 3° del Proyecto de acto legislativo No. 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara, “por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”, que en su tercer párrafo expresa lo siguiente: *“Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.”*

²² Izquierdo, Op. cit., pág. 11.

²³ *Ibíd.*

Y, como solución a este propósito, de contar con una ley que especifique reglas de interpretación y aplicación y que determine la forma de armonizar el Derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario, hemos considerado oportuno y necesario desde la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda impulsar, apoyar, y acompañar académicamente la iniciativa legal denominada: **PROYECTO DE LEY 166 DE 2011 CÁMARA, 19 DE 2011 SENADO**. “Por la cual se establecen políticas públicas que implementen el derecho operacional en el marco de la garantía y el respeto de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario por parte de las Fuerzas Militares y Policía Nacional”. Propuesta radicada por el Honorable Senador MANUEL VIRGUEZ en la Comisión Segunda Constitucional y en Comisión segunda de la Cámara por el Honorable Representante JUAN CARLOS MARTÍNEZ GUTIÉRREZ. Su finalidad es promover la aplicación del derecho operacional, definir políticas que garanticen el respeto y el cumplimiento de los Derechos Humanos (DDHH) y el DIH durante la conducción de las operaciones y el desarrollo de operativos por parte de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en el marco de las hostilidades de cara al mantenimiento de la seguridad interna; identificar los regímenes jurídicos que rigen las operaciones militares y operativos policiales en virtud de los diferentes contextos operacionales; determinar la reglamentación que regule los procesos y procedimientos de la presente ley; precisar las fuentes y aplicación de los recursos necesarios para su implementación.

Proyecto de ley que, para efectos académicos, me permito anexar a este texto de cara a facilitar su análisis y estudio. Es posible que en esta fecha en que desarrollemos el panel haya sido archivado luego de la votación en la Comisión Segunda de Cámara o que haya pasado y solo quede pendiente, finalmente, ser radicado ante la plenaria de la Cámara de Representantes. Lo anterior porque fue radicado en Senado y pasó, tanto en la Comisión Segunda como en la plenaria del mismo con votación positiva y contundente.

ANEXO.

“TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE CÁMARA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 19 DE 2011 SENADO, 166 DE 2011 CÁMARA

Por la cual se establecen políticas públicas que implementen el derecho operacional en el marco de la garantía y el respeto de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario por parte de las Fuerzas Militares y Policía Nacional.

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto*. La presente ley establece criterios de implementación y la aplicación del derecho operacional para el cumplimiento de la misión Constitucional encargada a la Fuerza Pública, mediante la identificación de los regímenes jurídicos que rigen las operaciones militares y operativos policiales en los diferentes contextos operacionales.

Artículo 2°. *Definición de Derecho Operacional*. El derecho operacional corresponde al conjunto de normas jurídicas, nacionales e internacionales debidamente incorporadas al ordenamiento interno, y directrices gubernamentales que regulan el empleo de la fuerza por parte de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en cumplimiento de sus misiones Constitucionales y conforme las particularidades de cada contexto operacional.

Artículo 3°. *Glosario*. Para efectos de la presente ley, se entenderá por los siguientes términos:

Conflicto armado internacional. Confrontación armada entre las fuerzas armadas de dos o más Estados contendores.

Conflicto armado sin carácter internacional. Es el que tiene lugar en el territorio de un Estado entre sus Fuerzas Armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados o entre estos.

Contextos operacionales. Escenarios circunstanciales, dinámicos y complejos, en el que las Fuerzas Militares y la Policía Nacional conducen operaciones o desarrollan operativos en procura de contrarrestar las afectaciones o amenazas a la soberanía, la integridad territorial, el orden constitucional y la seguridad interna, reglados por regímenes jurídicos específicos que condicionan diferencialmente el empleo de la fuerza por parte de sus miembros.

Labores de defensa. Acciones tendientes a preservar la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, de amenazas o agresiones externas o internas.

Labores para el mantenimiento de la seguridad o el orden público interno. Acciones tendientes primordialmente a la prevención, detección y combate del delito y demás factores de desestabilización del orden y la convivencia ciudadana, de manera que se den las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas.

Objetivo militar. Constituye un objetivo militar a la luz del Derecho Internacional Humanitario (DIH) los combatientes ¿tratándose de conflictos armados internacionales? , así como quienes asuman una función continua de combate o participen directamente en las hostilidades por el tiempo en que dure la misma. Asimismo, aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción del enemigo o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezcan en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

Ventaja militar. Provecho estratégico, operacional o táctico que subyace y motiva el desarrollo de una operación militar en el marco de las hostilidades, representado en la correlativa afectación a los intereses o la capacidad del enemigo.

Artículo 4º: *Finalidad*. La presente ley tiene como finalidad promover la aplicación del derecho operacional, definir políticas que garanticen el respeto y el cumplimiento de los Derechos Humanos (DDHH) y el DIH durante la conducción de las operaciones y el desarrollo de operativos por parte de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en el marco de las hostilidades y en el mantenimiento de la seguridad interna; identificar los regímenes jurídicos que rigen las operaciones militares y operativos policiales en virtud de los diferentes contextos operacionales; determinar la reglamentación que regule los procesos y procedimientos de la presente ley; determinar las fuentes y aplicación de los recursos necesarios para su implementación.

Artículo 5º. *Principios Generales*. Serán principios orientadores de la presente ley:

- a) El de la dignidad humana;
- b) El de no discriminación;
- c) El de Legalidad;
- d) El de solidaridad;
- e) El de especificidad funcional;
- f) El de coordinación interinstitucional;
- g) El de buena fe.

Artículo 6º. *Propósito de las Operaciones Militares y los Operativos Policiales*. Las operaciones militares y los operativos policiales, tienen como propósito fundamental el de coadyuvar al cumplimiento de los fines del Estado, el logro de los objetivos de defensa y el mantenimiento de la seguridad interna, en función de los ámbitos específicos de competencia institucionales.

Artículo 7º. *Contextos Operacionales*. En cumplimiento de sus misiones constitucionales, la Fuerza Pública conduce operaciones en desarrollo de hostilidades y llevan a cabo operativos para el mantenimiento de la seguridad interna. La identificación de cada uno de estos contextos operacionales en la planeación de dichas actividades determina el régimen jurídico específico aplicable a su ejecución y evaluación, regulando el empleo de la fuerza.

Parágrafo. Con sujeción a las disposiciones de la presente ley, corresponde a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional el deber de establecer, definir y regular, por vía de la expedición de manuales o reglamentos, -en los que se dicten reglas claras para el empleo de la fuerza-, el tipo de operaciones y operativos a desarrollar por parte de sus unidades en los diferentes contextos operacionales.

Artículo 8º. *Ámbitos Funcionales y Asistencia Interinstitucional*. En virtud de los ámbitos funcionales establecidos en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política de Colombia y los principios generales de legalidad, especificidad funcional y coordinación interinstitucional que fundamentan la presente ley, la conducción de operaciones militares en el marco de hostilidades corresponde primordialmente a las Fuerzas Militares, en tanto que las labores para el mantenimiento de la seguridad interna corresponde a la Policía Nacional.

Esto no obsta para que excepcionalmente, dada la dinámica y gravedad de los fenómenos desestabilizadores del orden público o las hostilidades, las Fuerzas Militares puedan desarrollar operaciones para el mantenimiento de la seguridad o prestar su asistencia a las unidades policiales y la Policía Nacional llevar a cabo operativos en el marco de las hostilidades.

Parágrafo 1°. Cuando por una medida excepcional las Fuerzas Militares adelanten operaciones de mantenimiento de la seguridad o la Policía Nacional conduzca operativos en desarrollo de las hostilidades, el Ministerio de Defensa Nacional deberá garantizar se cuente con los medios y el entrenamiento apropiado para evitar se falte a la misión constitucional encomendada o poner en indebido riesgo la vida e integridad de los funcionarios.

Parágrafo 2°. El Ministerio de Defensa Nacional implementará un sistema de instrucción y entrenamiento especial para el empleo diferenciado de la fuerza por parte del personal militar y policial, en los dos contextos operacionales de que trata el presente artículo.

Artículo 9°. *Código de Conducta*. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Defensa Nacional presentará la iniciativa legal de un Código de conducta operacional para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional, que garantice un adecuado uso de la Fuerza en los distintos contextos operacionales.

Artículo 10. *Régimen jurídico aplicable en el Mantenimiento de la Seguridad Interna*. Los operativos u operaciones que desarrollen la Policía Nacional y las Fuerzas Militares para el mantenimiento de la seguridad interna, en relación con sus ámbitos competenciales, están regidas por las normas que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las leyes nacionales que las incorporan, normas de naturaleza penal, reglamentos y manuales, que regulan la respuesta institucional al fenómeno criminal, así como otras alteraciones al orden público interno o afectaciones a la convivencia ciudadana pacífica.

El empleo de la fuerza en este contexto, en virtud al régimen jurídico de que trata el presente artículo se rige por los principios específicos de gradualidad, necesidad, proporcionalidad y legalidad.

Parágrafo 1°. *Principio específico de gradualidad*. El uso de la fuerza y de las armas de fuego por parte de los funcionarios encargados que cumplan labores de mantenimiento de la seguridad, constituye un recurso excepcional. Ello supone el uso reactivo, diferenciado y gradual de la fuerza, que involucra desde medidas disuasivas o acciones no violentas hasta el recurso excepcional del empleo letal de las armas de fuego.

Parágrafo 2°. *Principio Específico de Necesidad*. El empleo de la fuerza se justifica en situaciones en que por sus circunstancias particulares resulte ser inevitable.

Se entiende como inevitable el uso de la fuerza (inclusive mediante el empleo de armas de fuego), generalmente, ante ineficacia de las medidas disuasivas o la imposibilidad de asegurar el resultado legítimo previsto, y, específicamente:

- a) En los eventos descritos por las causales 5 y 6 de ausencia de responsabilidad que prevé el artículo 32 del Código Penal Colombiano;
- b) Para evitar la comisión de un delito especialmente grave que constituya actual o potencial amenaza para la vida;
- c) Con el fin de lograr la detención o impedir la fuga de una persona que represente dicho peligro o preste resistencia física.

En estos casos, los funcionarios encargados de llevar a cabo labores para el mantenimiento de la seguridad, deberán identificarse como tales, advirtiendo claramente su intención de hacer uso de sus armas de fuego, con el tiempo suficiente para ser tomada en cuenta, a menos que con ello se ponga indebidamente en

peligro su vida e integridad física o la de otras personas, o resultara evidentemente inadecuado o inútil conforme las particularidades de caso.

Parágrafo 3°. *Principio específico de proporcionalidad.* El uso de la fuerza, inclusive mediante el empleo de las armas de fuego, debe ser proporcionado en relación con la gravedad del peligro o la agresión, actual o inminente, que se requiere repeler o el objetivo legítimo que se persiga alcanzar. Supone una ponderación entre la entidad del peligro o la agresión y la fuerza empleada para evitarlo o repelerlo.

Parágrafo 4°. *Principio específico de legalidad.* El empleo de las armas en desarrollo de operaciones militares u operativos policiales para el mantenimiento de la seguridad interna, impone a los funcionarios el deber de observar los estándares de regulación y manejo establecidos por las normas nacionales e internacionales vigentes que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las normas de naturaleza penal y de policía, así como los reglamentos y manuales internos.

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

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

Parágrafo 1°. *Principio específico de humanidad.* Las personas civiles que no intervengan directamente en las hostilidades y quienes hayan sido puestas fuera de combate gozan de protección contra ataques directos.

Parágrafo 2°. *Principio específico de necesidad militar.* El desarrollo de las operaciones u operativos de naturaleza militar en el marco de las hostilidades debe obedecer a la búsqueda de una ventaja de orden estratégico, operacional o táctico, en virtud de la cual se legitima el uso de medios o métodos de guerra no prohibidas por el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados.

Parágrafo 3°. *Principio Específico de Distinción.* Durante el planeamiento y la ejecución de las operaciones u operativos de naturaleza militar, deberá distinguirse entre los combatientes y los no combatientes, de igual manera se deberá distinguir entre quienes ostentan una función continua de combate o participan directamente en las hostilidades y quienes no lo hacen. Asimismo, se deberá hacer distinción entre los bienes civiles y los que constituyen objetivos militares.

Parágrafo 4°. *Principio Específico de Limitación.* La elección de los medios y métodos de combate no es ilimitada. No se podrán utilizar armas que puedan causar males superfluos, sufrimientos innecesarios o daños extensos, duraderos, y graves al medio ambiente natural.

Parágrafo 5°. *Principio Específico de Proporcionalidad.* Las operaciones u operativos de naturaleza militar no deben causar daños en personas o bienes civiles, que resulten excesivos en relación con la ventaja militar concreta y

directa prevista. Supone entonces, una ponderación entre la ventaja militar y los daños incidentales que puedan producirse en personas y bienes que no constituyan objetivo militar a la luz del Derecho Internacional Humanitario.

Parágrafo 6°. *Principio Específico de no Intervención.* No podrán invocarse las normas del DIH, con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que le incumbe al Gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos, como tampoco para intervenir directa e indirectamente en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos del Estado.

Artículo 12. *Integración Interinstitucional.* El Gobierno Nacional liderará la participación e integración de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en encuentros interinstitucionales de DDHH, DIH y Derecho Operacional. Tales espacios, permiten mantener actualizados a los miembros de la Fuerza Pública, sobre los temas más significativos y prioritarios de la agenda, así como en aspectos concernientes a su promoción, protección, y garantía; interviniendo en escenarios de formulación de políticas de prevención, atención y de respuesta, a requerimientos originarios de diversas instancias del orden nacional e internacional.

Parágrafo. La integración contempla tareas como: relaciones interinstitucionales, educación en DDHH y DIH para la población civil, acercamientos con Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos, y trabajo coordinado y mancomunado con las autoridades civiles del Estado, facilitando un adecuado proceso de atención y trámite de quejas.

Artículo 13. *Transversalización del Derecho Operacional.* Los reglamentos y manuales vigentes o que expidan las Fuerzas Militares y la Policía Nacional para regular el uso de la fuerza en desarrollo de las hostilidades y el mantenimiento de la seguridad interna, deben ser debidamente transversalizados con los criterios previstos en la presente ley.

Artículo 14. *Implementación de Políticas.* El Gobierno Nacional implementará las políticas necesarias para el desarrollo del Derecho Operacional, como una herramienta indispensable que facilite el cumplimiento de la misión constitucional de la Fuerza Pública.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa Nacional, en coordinación con el Comando General de las Fuerzas Militares y la Dirección General de la Policía Nacional, implementará reglas generales de empleo de la fuerza en los contextos operacionales de que trata la presente ley, en el marco del régimen jurídico correspondiente, igualmente implementará una estrategia de educación y entrenamiento práctico al respecto.

Parágrafo 2°. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa Nacional presentará la iniciativa legal de un Código de conducta operacional para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional, que garantice un adecuado uso de la Fuerza.

Artículo 15. *Regulación.* El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa Nacional, establecerá mecanismos para realizar un continuo seguimiento a la gestión desarrollada por la Fuerza Pública en materia de DDHH y DIH, para lo cual verificará que esta ejerza sus actuaciones en obediencia incondicional a las normas jurídicas que delimitan su campo de maniobra.

Artículo 16. *Recursos*. El Gobierno Nacional asignará recursos con destinación específica para el entrenamiento, equipamiento, capacitación e instrucción en Derecho Operacional.

Artículo 17. *Promoción de la Educación y Prevención de la Violación de los DDHH e infracción al DIH en el Marco del Derecho Operacional*. El Gobierno Nacional implementará mecanismos para que el Ministerio de Defensa Nacional con apoyo del sector empresarial, otorgue recursos para el fortalecimiento académico en Educación y Prevención a la Violación de los DDHH e infracción al DIH en el marco del Derecho Operacional a través de instituciones nacionales y extranjeras del personal de la Fuerza pública. De igual manera el Gobierno Nacional con el apoyo de las Fuerzas Militares, implementará programas de formación en Derecho Operacional a la Fiscalía General de la Nación, los Jueces de la República, la Procuraduría General de la Nación y los Defensores Públicos.

Parágrafo 1°. La prevención se concibe como el conjunto de estrategias coordinadas por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tendientes a evitar la ocurrencia de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, desactivar las amenazas y/o mitigar los efectos generados por su ocurrencia y a brindar garantías de no repetición, teniendo como eje transversal el enfoque diferencial.

Parágrafo 2°. La educación, el entrenamiento y la difusión que se genere con estos recursos, se deberán brindar transversalmente en toda la Ciencia Militar y Policial y se dirigirá a todos los niveles del mando de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y para ello se integrarán en todos los cursos de formación, la educación y la enseñanza de los DDHH, el DIH y el Derecho Operacional, aspectos básicos para el fortalecimiento de la democracia.

Artículo 18. *Defensa Técnica*. El Gobierno Nacional implementará mecanismos para garantizar el derecho fundamental a la Defensa Técnica de los miembros de la Fuerza Pública.

Artículo 19. *Juzgamiento por Violación de los DDHH e Infracción al DIH*. El Consejo Superior de la Judicatura designará jueces especializados, con especial conocimiento y experiencia sobre la doctrina militar y policial, para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por presuntas violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en los casos que no sea competencia de la justicia penal militar.

Artículo 20. *Vigencia y Derogatorias*. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Ponente,

Juan Carlos Martínez Gutiérrez
Representante Valle del Cauca”.

EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 192 DE 2012 Y SUS IMPLICACIONES POLÍTICAS.

SENADOR JUAN FRANCISCO LOZANO RAMÍREZ*.

Les agradezco mucho la invitación para estar aquí el día de hoy. Me honra muchísimo y les digo que concurro más en condición de alumno que de panelista, después de escuchar las muy brillantes intervenciones de todos los que han hecho uso de la palabra. Y, precisamente, porque es esa la condición esencial, es que pido su venia para apartarme de cualquier texto escrito porque creo que las reflexiones que se han hecho en materias jurídicas son absolutamente esclarecedoras y oportunas y también porque creo que, para efectos de este panel, como quiera que se me pedía que hiciera una referencia a los asuntos políticos referidos a este debate, me han suscitado una serie de reflexiones adicionales las intervenciones que, a riesgo de ser un poco deshilvanado, quiero en todo caso compartir con ustedes.

Con una advertencia adicional: no había advertido el país que se adelantaban unos diálogos exploratorios con las FARC cuando fue convocado este panel, mucho menos que el Señor Presidente de la República iba a reconocer que así sucedía. Estábamos en el momento de la convocatoria al panel con una intervención del Señor Presidente de la República el siete de agosto del 2010, en la que dijo que esperaba que pudiéramos avanzar en la consecución de una paz perdurable pero que, en todo caso, había unos inamovibles

* Abogado de la Universidad de los Andes y periodista; fue Alto Consejero Presidencial (2004-2006) y Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2006-2009). El texto se corresponde con la transliteración, revisada por la Dirección, a cargo del Egresado de la Escuela de Derecho y Monitor adscrito al Departamento de Derecho Penal, Luis Camilo Pérez Duarte.

que estaban referidos a que las organizaciones terroristas cesaran en su accionar contra el pueblo colombiano, en palabras del Presidente JUAN MANUEL SANTOS, no mías, donde expresó, también, que era una condición inamovible que cesaran el reclutamiento de niños, el secuestro y la actividad narcotraficante, de manera que las notas iniciales tenían una perspectiva distinta.

Y lo digo porque estas últimas horas me llevan a reforzar unas convicciones que desde hace mucho tiempo he tenido y es que este conflicto, que ha desangrado a Colombia, parte de unas especificidades y particularidades que tienen las FARC que hacen nuestro conflicto y, por ende, nuestro debate sobre el fuero militar, único en el mundo: primero, es que es el conflicto más viejo, el más largo porque es la única guerrilla narcotraficante que ha logrado trascender los años moviéndose de cualquier ejercicio ideológico o político a un negocio puramente criminal de salvajes y asesinos; y, segundo, porque ha tenido una batería jurídica, que le ha permitido construir un entramado legal que terminó por enredar al Estado colombiano, por sacrificar la capacidad y la legítima vocación de defensa que tenemos los colombianos en nuestra Fuerza Pública.

Y cuando uno ve en conjunto lo que ha sucedido los últimos dos años, necesariamente tiene que volverle a poner unas marcas de interrogación a lo que pasó en la discusión sobre el fuero penal militar porque son muchas señales que a lo largo de este tiempo en el que pensábamos que estábamos en el marco del discurso del siete de agosto, y venían adelantándose unos diálogos que no conocíamos, que se han venido generando para efectos del ordenamiento jurídico colombiano. Cuando el Coronel AYALA mencionaba el Proyecto que presenté para que se pueda aumentar la capacidad ofensiva del Estado colombiano frente a las BACRIM, nos encontramos frente a un problema análogo al del fuero militar y es que tenemos unas normas que no se aplican, que no se cumplen; por supuesto que, cualquier colombiano o cualquier analista de la capacidad ofensiva de las BACRIM que, al igual que las FARC, son narcotraficantes, evolucionados con uno u otro rótulo, con uno u otro uniforme; conocida su capacidad legal, conocido el arsenal de que disponen en sus AK-47, en todos sus fusiles, en todas sus armas largas, en todas sus ametralladoras, en todos sus morteros, en todas sus lanzagranadas, uno entiende que tienen la vocación de desestabilizar al Estado, y que sería legítima la actuación de la Fuerza Pública y, en particular, del Ejército o de la Fuerza Aérea.

Pero como hemos ido evolucionando a un sistema que vulnera, de manera muy grave, el conjunto de garantías para la defensa de los hombres y mujeres de la Fuerza Pública, a lo que estamos llegando es a someternos a un sistema de juzgamiento que se aplica a personas a quienes, cumpliendo su deber y dentro del marco de las normas nacionales e internacionales que se aplican a esas conductas, los vamos a terminar poniendo en el riesgo de que mañana los condenen. Por eso presenté el Proyecto, porque creo que es necesario brindar una garantía para que estas acciones, cualquiera que sea su nombre, hoy BACRIM, mañana cualquier grupo criminal organizado con esa capacidad ofensiva, pueda autorizarse a nuestra Fuerza Pública legítima su accionar.

Pero eso se parece mucho a los que nos pasó con la inaplicación del artículo 221 de la Constitución, que es absolutamente diáfano y absolutamente claro, y no se aplica y no se cumple; y, con un Convenio suscrito entre el Ministerio de Defensa y la Fiscalía, se terminó generando una situación también única en el hemisferio: semejante plomera, semejante guerra, semejantes criminales que tenemos que enfrentar y el Ejército colombiano sin fuero. Esa es una situación absolutamente inimaginable porque terminamos nosotros renunciando a lo que definió el constituyente de 1991 con el artículo 221 que es contundente y categórico.

Dentro de ese marco, cuando se debatía la fallida y afortunadamente sepultada Reforma a la Justicia, se incorporó tardíamente un artículo para incorporar una solución al problema que estaba planteando ese problema de la Fiscalía. Muchos sostuvimos y sostenemos, que bastaría con que el Convenio existente se elimine, bastaría, estoy convencido —y así lo he dicho en privado y en público— que cualquier Gobierno, éste y cualquiera lo puede, mediante un acto administrativo: como se suscribió se deshace; el Gobierno, sin embargo, ha decidido esperar un pronunciamiento de la Rama Judicial. Se introduce el proyecto de fuero y comienza, para cumplir con el tema que se me ha indicado, un muy interesante pulso político en relación con el tema del fuero. Yo soy absolutamente respetuoso de todas las fuerzas políticas legítimas de mi país, pero quedó claro que en Colombia, más allá del rótulo que cada congresista tenga en su aval, hay hoy dos grandes tendencias: una, con congresistas en distintos partidos, en la que me incluyo, quienes queremos que, para garantizar el imperio del Estado de Derecho, la seguridad impere en todo el territorio nacional como un principio tutelar para permitir el

florecimiento del empleo, de la prosperidad, y del desarrollo y de la política social a partir de unas convicciones que le devolvieron al país una viabilidad como nación, en función de la aplicación en el poder del pensamiento de ÁLVARO URIBE VÉLEZ; y, otro sector, que tiene una visión —respetabilísima— pero distinta.

Nosotros creemos que Colombia ha debido aprender de unas lecciones en las que, después de la mutación hacia organizaciones narcoterroristas en las guerrillas, hay una ruta para recuperar a Colombia y es la de una política de seguridad clara, firme y contundente, respetuosa —por supuesto— de los Derechos Humanos, pero garante de la vigencia del Estado de Derecho en todo el territorio nacional. Y hay otra visión que piensa que esa es una aproximación guerrerrista, dañina frente a la convivencia legítima del país. ¡Y ese es un debate muy extenso, que no es el de este panel, pero le da el marco!

El fuero militar es una garantía orientada a que las instituciones legítimas del país tengan su vigencia en la medida en que residen en la capacidad de la Fuerza Pública de defendernos a todos y, sin el fuero, esa capacidad se anula, se limita, se restringe o se extingue. Cuando, ante la decisión de no revocar el convenio con la Fiscalía y en la larguísima sucesión de casos dramáticos que vivieron quienes vistieron los uniformes del país defendiéndonos a todos, parecía necesario introducir ese artículo que le diera alcance al artículo 221. Y era un artículo que reproducía en su esencia el principio del 221 pero que suscitó una enorme controversia, como quiera que algunos advirtieron que podría entrañarse impunidad y abuso del fuero en la aplicación del artículo que se discutía. Siempre lo hemos dicho, fuero no puede ser impunidad —lo que acaba de señalar el Coronel AYALA—, lo compartimos hasta la médula. Cuando alguien viste el uniforme de Colombia para defendernos a todos, merece todo el respeto. Cuando alguien abusa de ese uniforme merece las más severas condenas. Por supuesto, no sólo tienen que señalarse como inaceptables estas conductas sino condenarse con la mayor severidad, pero lo que es indispensable es que la institución del fuero tenga esa capacidad, esa vocación de generar esa garantía.

Con la mayor votación en toda la legislatura se aprueba con presencia de los Señores Ministros de Defensa y de Justicia, y con la cúpula militar sentada en primera fila, este primer artículo de la primera reforma. El equipo del Ministerio de Defensa nos mandaba

unos muy succulentos platos para que no se desintegrara el quórum, que es una práctica perversa que existe en la actividad legislativa, absolutamente inaceptable frente a la cual deberíamos todos reaccionar: ¡cuando llega sopita caliente y pastica del Tequendama es porque hay un Proyecto que le interesa al Gobierno! A la salida nos daban las gracias: “*gracias Senador, en nombre de la Fuerza Pública, se lo agradecemos*”, “*gracias Senador, los soldados del país se lo agradecen*”. Cuando de pronto un domingo nos notificaron por televisión: “*que no, que se había perdido el esfuerzo y que las felicitaciones no venían a lugar porque un muy importante funcionario del Gobierno había ido, quizás a los EE.UU, y que se preparaba una visita a Washington; que venía un hombre muy importante en nuestro hemisferio, que es JOSÉ MIGUEL VIVANCO y que más bien ese Proyecto, que con tanto entusiasmo habíamos aprobado, había que sacarlo del Ordenamiento*”.

Cuando yo vi eso, pensé que estaba teniendo alguna dificultad en la comprensión televisiva, tantos protagonistas de nuestra tele, realities, dije: “*¿será que aquí hay alguna cosa que entiendo?*” ¡No! El mismo Gobierno que nos pidió que aprobáramos el Proyecto, el mismo Gobierno que nos abrazó y nos felicitó y dijo que gracias, el mismo Gobierno que nos dijo que eso interpretaba la necesidad y el querer de los soldados, nos estaba diciendo que todo estaba mal, que teníamos que volver a empezar porque ese proyecto no convenía. Yo respeto profundamente al Ministro de Defensa y respeto a quien era el Ministro de Justicia en esa época, son sin duda hombres de bien. Pero lo que ahí sucedió resultaba insólito: que el Gobierno del Presidente JUAN MANUEL SANTOS que había pedido de manera clara que se votara ese primer Proyecto, luego dijera que había quedado mal, provocó por supuesto una reacción muy fuerte en los distintos sectores políticos. Ese día comenzó a generarse una erosión en la mesa de Unidad Nacional. La última vez que el Presidente convocó la mesa de Unidad Nacional fue cuando nos llamó a pedirnos que se mantuviera el Proyecto, y el partido Conservador y el partido de la U, pidieron tiempo para revisar cuál era la opción, cuál era la alternativa, cuál era el proyecto que estaba preparando la comisión que se había designado para ese efecto, integrada por colombianos muy importantes.

Ese día se acabó la mesa de Unidad Nacional, nunca más la volvieron a citar. La mesa de Unidad Nacional, y hablo de lo que me pidieron, los efectos políticos de este debate, había funcionado como un relojito: Ley de Víctimas, Regalías, toda la agenda del Ministro

GERMÁN VARGAS LLERAS, una tras otra, fueron siendo aprobadas en la legislatura inicial.

Cuando vino una reflexión, que además era respetuosísima, que además era válida por el antecedente que les señalo, terminó la citación a la mesa de Unidad Nacional. Ninguno de los proyectos que luego estaban en la agenda, ameritaron una convocatoria. En lo que a nosotros tocaba, desde el partido de Gobierno, expresamos en esa oportunidad, con enorme respeto al Presidente que elegimos, al Presidente que se eligió con nuestro aval, al Presidente que queremos que le vaya bien, al Presidente al que acompañamos en sus propósitos para que a Colombia le vaya bien, le dijimos: *“Señor Presidente, no nos digan, sin conocer, cuál es el camino que tenemos que deshacer, el camino que anduvimos por cuenta de ustedes; no nos digan que hoy tenemos que salir a retirar el proyecto sin que conozcamos cuál es la propuesta alternativa de la Comisión”*. Y por eso fue que en ese momento no aceptamos que ese Proyecto se retirara, porque estábamos frente al peor de los mundos. Estábamos con un Convenio lesivo frente a la vigencia del artículo 221 y a la defensa de los derechos que tienen nuestros hombres de la Fuerza Pública; estábamos ante la vigencia sin opción, sin la determinación, de corregir y enmendar ese error que se había cometido y no teníamos un camino constitucional ni legal alternativo.

Cuando la Comisión presentó su informe —y repito, respeto absoluto por quienes integran la Comisión con las más altas calidades académicas, humanas, profesionales— encontramos que había, de entrada, una violación o una contradicción con el artículo 221, porque lo que decía esa primera versión, entre otros elementos que son importantes y aquí han señalado algunos de ellos, es que unas extrañas comisiones mixtas llegaban al lugar de los hechos y, contrario a lo que establece hoy el artículo 221, invertían ese principio inspirador del artículo y repartían a una u otra jurisdicción. Argumentaciones muy profundas de juristas muy importantes, entre ellos el Fiscal General de la Nación actual. Les hicimos ver, con todo respeto, que ese propósito noble que había llevado a la redacción de esa recomendación, nos ponía justamente en el escenario contrario del que queríamos alcanzar, es decir, que íbamos a tener no más fuero, no un fuero más claro, no un fuero más contundente, no un fuero más preciso, sino menos fuero, un fuero incierto, un fuero tenue, un fuero casi de aplicación supletiva, era casi renunciar a lo que inicialmente se había establecido como propósito para lograr la

recuperación de la confianza y de la capacidad de acción de nuestra Fuerza Pública. Me decía un día, a la salida de uno de esos debates, el padre de un Oficial: *“Senador, nosotros estamos preparados cuando entregamos un hijo al Ejército para que un día nos llamen y nos digan ‘su hijo, vistiendo este uniforme, valientemente, enfrentando a los enemigos del país, murió en combate y es un héroe’.* Para eso estamos preparados. Para lo que no estamos preparados es para que un día nos digan: *‘su hijo se vistió el uniforme, valientemente fue a combate, valientemente obtuvo resultados, y hoy está preso, condenado por homicidio’ y su familia llorándolo en la casa por haber cumplido con su deber”.* Por supuesto, todas las violaciones las rechazamos, todos los abusos los rechazamos, pero tenemos la claridad por las convicciones, los principios y por el Orden Jurídico, que esa es una ruta en la que no podemos flaquear.

¿Qué sucedió después? Que ese alinderamiento de fuerzas ha ido tomando hoy unos perfiles cuyo pronóstico es reservado en el Congreso de la República. La segunda ronda de discusión de este artículo llega al Congreso en un escenario en el que, en el Senado por ejemplo, se produjo una votación adversa en la elección del Magistrado de la Corte Constitucional al sentir de los más caracterizados miembros de la coalición del Presidente SANTOS. Los más caracterizados voceros de ese sentimiento enarbolaban una candidatura distinta de la que triunfó, con hombres valiosísimos, valiosísimos como es el Magistrado elegido, valiosísimo como era y es, como colombiano, el Dr. CARLOS MEDELLÍN. Pero lo que algunos senadores que han dicho interpretar la voluntad del Presidente SANTOS transmitieron, se tradujo en un resultado político distinto.

El día de ayer, en la elección de la comisión de administración del Congreso, la lista del partido de Integración Nacional empató en votos a la lista donde estaban todos los partidos de la Unidad Nacional: el partido de la U, el partido Conservador, el partido Liberal, el partido Cambio Radical, empató en sus resultados – los votos– hubo una pequeña diferencia, tenían que elegir cuatro miembros, dos los eligió el PIN y dos toda la otra coalición de Unidad Nacional. ¿Qué está pasando políticamente? Una tormenta que se desató después del hundimiento a la Reforma a la Justicia, durante varios días me puse un letrero que decía: *“yo no voté la Reforma a la Justicia”*, tenía que explicar en todos los lados o mostrar el botón y decir: *“yo no fui, yo no estaba en eso, yo dije que no”*, pero después del hundimiento a la Reforma hubo una explosión política muy complicada, el Presidente JUAN MANUEL SANTOS tiene, en este

momento, un escenario totalmente nuevo en el Congreso pero, además, totalmente nuevo frente al país por el planteamiento en relación con los Diálogos de Paz.

Nosotros queremos fervorosamente que haya paz y vamos a acompañar lo que es hoy un anhelo nacional, pero tenemos que advertir los riesgos para que no se cometan los errores del pasado. Tomo las palabras del Presidente SANTOS: él dice que hay tres principios para recorrer este camino: el primero, aprender de los errores del pasado; el segundo, garantizar que cualquier negociación conduzca al fin del conflicto; y, el tercero, garantizar la presencia militar en todo el territorio, en cada centímetro del país. En ese proceso de aprender de los errores del pasado, tiene que quedar claro, y de aquí me llevó muchas reflexiones académicas, que la decisión final en materia de fuero, tiene que estar orientada a brindar plena seguridad jurídica. Aquí hoy he escuchado unos argumentos muy importantes y tengo que decir que lo que llevaré de aprendizaje a las reuniones parlamentarias tiene que ver con las reflexiones de todas las ponencias porque, lo que no puede pasar, es que debilitemos en este momento crucial a la Fuerza Pública; porque, lo que no puede pasar, es que esa decisión de tener presencia militar en todo el territorio colombiano, se acompañe con un debilitamiento constitucional de la institución del fuero, que es una garantía para todos los colombianos.

Debe quedar totalmente claro, sin vacilación ninguna, que en este proceso —como quiera que se ha iniciado en contravía del propósito de los colombianos del cese de hostilidades y de la devolución de los secuestrados, y de la suspensión del reclutamiento de niños, y de la suspensión de las actividades del narcotráfico— es indispensable que, simultáneamente, con todas las leyes que seguramente se presentarán a nuestra consideración para que se tramiten, tenemos que garantizar un buen fuero. Y si no es un buen fuero, sino queda bien, si el proyecto evoluciona para seguir restringiendo el fuero, mejor que se hunda, mejor que no haya proyecto, mejor que se quede sepultado y nosotros buscamos que el principio del artículo 221 efectivamente pueda operar. Creo que ese es un elemento esencialísimo para lo que sigue en Colombia y creo que, también, es indispensable que en estos momentos el país reflexione sobre lo que tenemos en juego en este proceso.

Aprendimos de despejes, hoy proscritos por el Ordenamiento Constitucional. Pero también aprendimos que el despeje no es solo el área geográfica en la que cesa la acción del Estado; el despeje es también

una guardia baja, el despeje también es una decisión casi de sujeción. Nosotros claro que queremos que llegue el proceso de paz a un buen éxito, pero solamente llegará con la vigencia plena del Estado de Derecho, y esa vigencia requiere de un fuero contundente, claro, que no ofrezca ninguna duda frente a su aplicación. No puede suceder, dentro de ese listado de errores del pasado, que el proceso sea muy largo, que los beneficios sean asimétricos, que a la vuelta de un tiempo nos diga un oficial, nos diga un policía, nos diga un soldado o nos diga un campesino de bien que ha trabajado toda la vida: *“mejor me hubieran tratado si me hubiera ido a la guerrilla”*. No puede pasar que los beneficios se presenten de manera desequilibrada frente a los sacrificios de la Fuerza Pública.

¿En qué escenario político vamos a discutir esta segunda vuelta del fuero? En ese proceso, en ese marco en el Congreso de la República, con un Congreso que está todavía maltrecho después de lo que sucedió con la Reforma, con un Congreso que quiere acompañar el deseo de paz pero que tiene observaciones respetuosas y tiene inquietudes, en medio de unos combates que siguen. Los diálogos exploratorios se anuncian con el cadáver de dos niños todavía insepultos, con todo el accionar de los últimos días y las últimas semanas. Ayer leíamos en el Senado la relación de hechos violentos generados por las FARC en el último mes, casi consume todo el tiempo del debate. En ese marco se va a discutir el Acto Legislativo de fuero.

Idealmente, lo que debemos lograr es que con las observaciones y el conocimiento de todos ustedes se pueda enmendar todo error que ese proyecto contenga frente al propósito tutelar de garantizar que los colombianos encontremos en nuestra Fuerza Pública, toda la capacidad de defensa de nuestros derechos para lo cual, termino diciendo y reiterando, es indispensable que su régimen de acción, su régimen jurídico sea absolutamente contundente.

Pronóstico: totalmente incierto. Hoy, me contaban, la audiencia pública tuvo una asistencia académica muy distinguida y un abrumador quórum entre todos los miembros de la Comisión Primera de cinco representantes a la Cámara, de manera que empezamos tropezados en ese proceso pero vamos a trabajar muy duro para que este ejercicio legislativo quede bien.

EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 192 DE 2012 Y SUS IMPLICACIONES EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR.

C. R. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA*

La deferencia y generosidad de la Universidad Sergio Arboleda, y en particular del Doctor FERNANDO VELÁSQUEZ, nos permite expresar la voz de la Justicia Penal Militar en tan álgida temática en el recinto más adecuado para construir y fortalecer el sistema de administración de justicia, como es la academia. En nombre del Tribunal Superior Militar y de los integrantes de la jurisdicción especializada agradezco a esta casa de estudios el espacio que se nos ha otorgado en este importante evento.

Proponer una reforma al fuero militar y consecuentemente de la Justicia Penal Militar en Colombia, sugiere advertir que cualquier modificación que se intente en esta materia debe ser coherente con la realidad de nuestra nación, esto es, se debe pensar y reflexionar acerca del país en que vivimos, reconocer cuál es el contexto Colombiano y la situación que por décadas hemos enfrentado en materia de orden público; de igual forma analizar cuál es el nivel del conflicto interno —por demás prolongado e intenso— así como considerar el tipo de amenaza que realmente ha tenido que enfrentar y desafía la Fuerza Pública. Esto sugiere verificar la potencialidad, capacidad de estructura, organización y daño de los grupos al margen de la ley.

Sin duda una respuesta a estos interrogantes no requiere esfuerzo, basta con evocar lo que fue nuestro proceso independentista, la guerra de los mil días, la violencia que se desató y aún no cesa

* Presidente del Tribunal Superior Militar.

desde 1948, que derivó en el surgimiento de las denominadas guerrillas, factores generadores de violencia como el narcotráfico, las autodefensas ilegales (o el mal llamado paramilitarismo), el fenómeno terrorista hoy lamentablemente presente, o sino miremos lo que ocurrió sólo hace unos días en el Cauca, el Catatumbo, Vista Hermosa, Meta, por sólo citar unos ejemplos.

Sabido es que el Estado Colombiano, por décadas, ha tenido que enfrentar con fuerza militar un enemigo real que se fue fortaleciendo como las FARC, el ELN, las AUC, tanto así que frente a la complejidad, intensidad y dinámica del conflicto se replanteó la forma de maniobrar bajo el concepto de operaciones conjuntas y combinadas. Sin embargo, paradójicamente en la medida en que se intensificaba el conflicto, de manera inversamente proporcional se ha reducido el ámbito de aplicación del fuero castrense.

Lo citado en precedencia nos permite afirmar que cuando se trata de una reforma al fuero militar y a la jurisdicción especializada no se puede tomar como patrón de comparación otras latitudes, realidades sociales, política y jurídicamente diferentes a la nuestra, como acontece cuando se pretende comparar la aplicación del fuero y el ámbito de competencia de la jurisdicción castrense bajo parámetros de países desarrollados y en paz como Holanda, Suecia, Suiza, o la propia Norte América; o, a contrario, confrontarla en escenarios donde las justicias militares tuvieron protagonismo en el seno de dictaduras. Nuestra historia, tradición y realidad es absolutamente distinta; en consecuencia demanda un juicio de valoración coherente con nuestra situación. Por ejemplo, es deber del operador jurídico aplicar en el juicio de imputación o de responsabilidad de un miembro de la Fuerza Pública que actúa en una operación militar y dentro del contexto del conflicto interno, las reglas de conducción de hostilidades, invocar los catálogos de principios que regulan los conflictos dispuestos en el marco del Derecho Internacional Humanitario¹, atender los preceptos de interpretación y de aplicación en el derecho interno. Sin embargo, la praxis judicial nos demuestra que ello no se hace o se dilucida indebidamente.

Investigaciones y juicios adelantados en Justicia Militar u Ordinaria contra miembros de la Fuerza Pública presentan soluciones diversas

¹ Derecho de Ginebra. Derecho de la Haya. Protocolo II, Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

y controversiales, máxime cuando acontece el fenómeno de la investigación paralela o concurrente, esto es, cuando una misma situación fáctica es investigada en las dos jurisdicciones, lo que contribuye a generar una violación al principio del *non bis in idem* y de suyo dar paso a la inseguridad jurídica por la falta de precisión conceptual respecto del alcance del fuero militar, los elementos que lo componen y lo que significa relación con el servicio.

Recordemos que en la tradición democrática colombiana el fuero militar ha tenido vocación constitucional, así, por citar sólo dos momentos en la Constitución de 1886 se consagraba en el artículo 170: *“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”*. Y en la Constitución Política de 1991 se prevé en los artículos 116, 221 y 250, respectivamente, quiénes administran justicia, ubicando allí a la jurisdicción penal militar, consecuentemente el ámbito de aplicación del fuero militar y seguidamente el postulado que precisa que los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio, el ejercicio de la acción penal no lo detenta la justicia ordinaria, para el caso la Fiscalía General de la Nación, sino la jurisdicción penal militar².

En lo sustancial evoquemos lo que dispone el Constituyente Primario: *“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 (...)”* (Subrayado nuestro). *“Artículo 221. Modificado. Acto Legislativo 02 de 1995. Texto original: “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”*. Al final de este artículo se incluyó una frase: Artículo 1°. El artículo 221 de la Constitución Política de Colombia, quedará así: *“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”*. También, el Artículo 250 (Acto legislativo 03 de 2002) en lo sustancial: *“(…) Se*

² C- 591 de 2005 M. P. Clara Inés Vargas.

exceptúan los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio...".

Obsérvese que tanto en la Constitución de 1886 como en la de 1991 hay una constante³ que limita el fuero militar y corresponde al factor objetivo "relación con el servicio", elemento que fuera objeto de estudio por la Corte Constitucional en 1997 mediante la sentencia C- 358 del 5 de agosto, donde se estableció que el fuero lo componen dos elementos: el subjetivo personal y el objetivo funcional. Respecto de aquél, no existe dificultad pues se acredita a través del acto administrativo que verifica la condición de miembro de la Fuerza Publica en servicio activo en el momento del hecho, pero, respecto de este último, sí se presenta complejidad de tal magnitud que hoy nos avoca a una reforma constitucional que precise el alcance del fuero, particularmente que determine el elemento funcional, el derecho aplicable y la autoridad judicial llamada a imputarlo.

En este punto de nuestra intervención llamamos la atención sobre un cuestionamiento que nos hemos planteado por años, máxime como funcionarios de justicia militar: corresponde a si la dificultad en la aplicación del fuero militar, tanto en justicia ordinaria como militar, es un problema normativo o interpretativo. Pareciera que el concepto "relación con el servicio" es tan maleable o restringido según sea la capacidad de entendimiento, comprensión, precisión o imprecisión conceptual del intérprete, cuando no es que termina legislándose con la doctrina militar o las reglas de enfrentamiento en las decisiones judiciales, con lo que se mengua y vacía de contenido el concepto de fuero militar. La estructura de nuestro Estado fundado en el principio de Dignidad Humana aboga por un derecho penal garantista liberal, concebido como un derecho penal de ciudadano y de ello no puede ser ajeno el Derecho Penal militar; en esa dimensión entendemos y compartimos el proyecto, pues no quisiéramos ni pensar que en nuestro Estado democrático las dificultades interpretativas que hoy tenemos y que avocan la reforma, la inseguridad jurídica que actualmente se pregona por algunos, encuentren razón en la formulación, construcción y consecuencia de un Derecho Penal de enemigo. Tal hipótesis ni siquiera la concebimos.

En principio consideramos que el problema es de interpretación, o para un mejor decir, de un inadecuado análisis, en consecuencia

³ Constante que se aprecia desde la Constitución de 1832.

la problemática no la suscita la ausencia de norma, máxime cuando la Corte Constitucional en sentencias C-358 de 1997 y C-878 de 2000 precisó que la relación con el servicio corresponde a la multiplicidad de tareas que desempeña el miembro de la Fuerza Pública para alcanzar la finalidad constitucional, al respecto enseñó la Corte: *“el servicio lo comportan la multiplicidad de tareas, objetivos, menesteres y acciones que resultan necesarias para emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública”*. Lo que permite inferir que el acto del servicio comporta actividades de instrucción, entrenamiento, incorporación, capacitación, inteligencia, labores logísticas, administrativas y lo operacional por solo citar algunos aspectos.

Ahora bien, la dinámica del conflicto hace que la fuerza militar y policial —en el ejercicio de la función el miembro de la Fuerza Pública— se pueda ver involucrada en la realización de delitos comunes que también son de conocimiento de la Justicia Penal Militar como lo prevé la ley penal militar y lo precisó la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del artículo 195 de la ley 522 de 1999, mediante sentencia C-878 de 2000, y hoy el artículo 171 de la Ley 1407 de 2010. Allí, la Alta Corporación no hizo distinción alguna, ni el legislador, salvo lo dispuesto en el artículo 3° de las citadas leyes y que tiene que ver con tortura, genocidio, desaparición forzada y crímenes de lesa humanidad. Lo enunciado no genera dificultad interpretativa, salvo los efectos del *in dubio pro jurisdicción* que estableció la referida sentencia C-358 de 1997, en la que se dispuso que al surgir la duda fundada, ésta se resuelve en favor de la justicia ordinaria, postulado que en la praxis genera significativas dificultades para su comprensión, a más que a veces se comprometen en el juicio de competencia valoraciones de responsabilidad que pueden conspirar contra el principio de presunción de inocencia.

Bajo este entendido surgen aquí dos elementos fundamentales que desarrollan y materializan lo planteado: uno, corresponde a la condición particular del ejercicio de la función que cumple la Institución, lo que conlleva a la existencia del fuero militar para quienes fungen en ella; y, lo segundo, la necesaria actuación de una jurisdicción especializada, que por esa exclusiva función de los destinatarios de la norma, requiere un conocimiento especial ajeno a la vida civil, un juez militar que se constituye en verdadero juez natural, y de contera es la jurisdicción castrense la llamada a

investigar y a juzgar la conducta de tales servidores. Esa jurisdicción especializada, y me estoy refiriendo obviamente a la penal militar, es la convocada a revisar las conductas típicas relacionadas con el servicio y, a partir de este entendido, podemos afirmar que a más de los delitos especiales y comunes, la vigencia del fuero militar en una realidad como la colombiana se ha de explicar en el contexto del conflicto interno a partir de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

Otro aspecto que suscita dificultad es el derivado de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, que consagró entre otras limitantes a la competencia de la justicia castrense, el no conocer de delitos contra el Derecho Internacional Humanitario⁴. Esta dificultad es resuelta con la iniciativa que presenta el Acto Legislativo No. 16 Senado, 192 Cámara, en la modificación del artículo 221 de la Carta Política al otorgarle el conocimiento de las infracciones al DIH, de los tipos penales consagrados en el Título II del Código Penal Militar a la jurisdicción penal militar.

No podemos dejar de reseñar en este calificado auditorio, que si bien es cierto el artículo 116 Constitucional estableció la jurisdicción militar y le reconoció su facultad de administrar justicia, también lo es, que la propia Carta Política no desarrolló tal jurisdicción, como si lo hizo con otros entes que administran justicia, v.gr., los dispuestos en los arts. 235 a 246. Tal vacío conlleva a la dificultad interpretativa que hoy existe en punto del derecho aplicable al miembro de la Fuerza Pública comprometido en una operación militar; de igual forma, respecto de las reglas de interpretación del Derecho Internacional con el Derecho interno, su armonización, el juicio de imputación y la definición de competencia para conocer del asunto; vacío que de alguna manera ha venido siendo cubierto por los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, en particular de la Corte Constitucional.

Ahora bien, en cuanto hace al proyecto de Acto Legislativo de 2012 No. 16 Senado y 192 Cámara, encontramos su justificación en lo expresado en precedencia, a más de la reflexión que nos suscita el hecho que si el actual canon 221 Superior fuera suficiente, no se vería un Estado en conflicto avocado a modificar su Constitución para precisar el alcance del fuero, de la jurisdicción militar, del derecho atribuible al miembro de la Fuerza Pública y determinar

⁴ Sentencias C-533 de 2008 y C- 469 de 2009.

unas reglas de aplicación e interpretación; estamos convencidos de que la reforma es necesaria y que ella debe consultar la necesidad de justicia que reclama nuestro país.

Prevé el referido Acto Legislativo la creación de un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, el cual ejercerá como funciones de manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante en disfavor de miembros de la Fuerza Pública. Asimismo, controlará la acusación penal contra éstos con el fin de asegurar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral. Nuestra observación apunta al riesgo que se genera con el nuevo instituto, de resquebrajar la estructura del proceso penal, tanto ordinario como militar, diseñados bajo la comprensión adversarial de partes, en el cual la Fiscalía (ordinaria o militar) es titular de la acción, y en la que se pregona la existencia de un juez “imparcial” en el entendido que no se involucra en la actuación sino hasta el juicio donde conoce los hechos, las evidencias y en tal desarrollo, a partir de los principios de concentración e intermediación, toma la decisión. Pero al otorgar al Tribunal la facultad de verificar toda la actuación que surge de las audiencias preliminares y a la vez efectuar el control material a la acusación, se está otorgando una doble función que desequilibra el sistema, generando igualmente dificultad para el trámite de un recurso contra sus decisiones y corriendo el riesgo de defraudar la doble instancia. Estimamos que se estaría despojando al juez de conocimiento de su competencia y con ello fracturando la esencia del modelo procesal que se pretende. Avizoramos, igualmente, dificultades en punto del principio de igualdad ante la ley.

Por ello, respetuosamente sugerimos que el Tribunal sólo debería ocuparse de las audiencias preliminares, pero rescatamos y compartimos que de manera permanente, dirimirá los conflictos de competencia que ocurran entre las Jurisdicciones Ordinaria y Penal Militar, mas precisando que en su conformación, como se expresa, deben estar miembros de la Fuerza Pública expertos en temas militares y Justicia Penal Militar, máxime si se atiende el nivel que se le otorgará a dicha Corporación. Sin duda, esta propuesta soluciona el vacío que hoy existe para resolver un conflicto de competencias entre jurisdicciones, toda vez que los artículos 54 de la Ley 906 de 2004 y 274 de la Ley 522 de 1999, fueron diseñados para remediar el conflicto al interior de las jurisdicciones, pero no cuando éstas se enfrentan.

En cuanto hace al artículo 221, hemos venido señalando que sería adecuado que se indicara que de las conductas cometidas por los miembros de la fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio, serán investigadas y juzgadas por la Justicia Penal Militar y precisar su integración así: el Tribunal Superior Militar, las Cortes marciales, los Jueces Penales Militares de Conocimiento, los Jueces Penales Militares de Control de Garantías, los Jueces Penales Militares de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y la Fiscalía General Penal Militar, tal y como fue concebido en el nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010.

En ese sentido proponemos que el primer inciso del artículo 221 Superior, quede redactado así: *“Los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, serán investigados y juzgados por la justicia penal militar y policial, la cual estará integrada por los Tribunales militares y policiales, las cortes marciales, los jueces penales militares de conocimiento, los jueces penales militares de control de garantías, jueces penales militares de ejecución de penas y medidas de seguridad, la fiscalía general penal militar y su cuerpo técnico de investigación, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar y policial. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública abogados, en servicio activo o en retiro”*.

En cuanto se refiere al catálogo delictivo nos parece más adecuada la redacción que se propuso en el segundo debate por ser más técnica en el sentido que una Constitución no se ocupe de lo que debe determinar la ley. Dejando claro que en punto de las denominadas “ejecuciones extrajudiciales” merece nuestro reparo por prevalencia del principio de legalidad. Destacamos que consigne que las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública sean conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares, toda vez que, como se expuso en precedencia, nada más relacionado y connatural a la función militar en el marco de las operaciones militares orientadas a enfrentar un adversario dentro de un conflicto interno, que las operaciones militares y en ellas la aplicación del Derecho Internacional Humanitario; por manera que si el elemento objetivo del fuero se deriva de la actividad propia del servicio, *per se* lícita, su desborde o extralimitación han de ser conocidas por la justicia militar. Comprendido, eso sí, que lo que forma parte del núcleo duro del Derecho Internacional Humanitario, estaría fuera del ámbito de competencia al que se alude, esto es, delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada, etc. En este entendido, si se dispone

que una ley especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el Derecho Penal con el Derecho Internacional Humanitario, llamamos la atención y pedimos tener tal cuidado en su redacción para que no se limite el ejercicio legítimo de la Fuerza Pública, sobre todo en un país tan cambiante y con toda una diversidad de expresiones y formas de violencia, para que no se afecte y limite el principio de flexibilidad de la operación militar, y, de otra parte, que se dé margen razonable y ponderado de interpretación al juez.

En cuanto a la comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial, encontramos que los modelos procesales diseñados en la Ley 906 de 2004 y en la Ley 1407 de 2010, se caracteriza porque la investigación es adelantada por la policía judicial, el fiscal la dirige pero no se involucra en las escenas, menos aún en el recaudo, si esto es así, como en efecto lo es, no se ve claro cómo actuaría la comisión técnica de coordinación que se propone sin que afecte lo señalado, la cadena de custodia, los actos urgentes y el principio de legalidad y oficiosidad que tienen tanto el fiscalía militar o fiscalía de la justicia ordinaria dentro del ámbito de su competencia de investigar y perseguir.

Enfatizamos: todo lo que se haga por generar mejores y óptimas condiciones de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar, toda vez que desde el año 2000 con la Ley 522 de 1999, en la que se separó la jurisdicción especializada de la línea de mando, el Decreto 1790 de 2000 y la Ley 940 de 2005, se ha procurado porque dicha jurisdicción sea cada vez mas autónoma e independiente, así la comprensión de una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional resultan de buen recibo para el sistema de administración de justicia.

De buen recibo resulta la creación del fondo propuesto específicamente para financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, toda vez que esta jurisdicción y los destinatarios de la norma carecen de una efectiva defensa técnica calificada, oportuna y eficaz (Defensor abogado, Ley 1407 de 2010). En igual sentido nos pronunciamos respecto del denominado fuero carcelario que ratifica —pues ya lo había establecido la ley, pero la praxis demuestra que no se atiende— que los miembros de la Fuerza Pública cumplan la detención preventiva en centros de

reclusión establecidos para ellos y, a falta de éstos, en las instalaciones de la Unidad a que pertenezcan y que cumplan la condena en centros penitenciarios y carcelarios destinados para integrantes de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

La norma transitoria que forma parte del proyecto en el artículo 4º, nos merece reparo, no aquella que dispone que los procesos penales que se adelanten contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos enunciados en el artículo 3º del presente acto legislativo y que se encuentren en la justicia ordinaria, continuarán en ésta, sino el aparte que determina: *“Los demás delitos continuarán en la justicia ordinaria hasta que se expida la ley estatutaria”*⁵, toda vez que consideramos conlleva a excluir la competencia de la justicia militar en delitos comunes que se cometen en relación con el servicio, como lo prevé el canon 195 de la Ley 522 de 1999 declarado exequible por la sentencia C-878 de 2000 y el artículo 171 de la Ley 1407 de 2010; de igual manera, se desconoce el postulado que busca precisar el juez natural, el juez competente, a través del fenómeno de la colisión de competencia.

Un estado democrático, con un programa demoliberal de Derecho Penal, debe generar las condiciones óptimas para brindar seguridad jurídica a los asociados, para el caso que nos convoca, al miembro de la Fuerza Pública; bajo ese entendido, compartimos la modificación que se propone a los artículos 116, 152 y 221 de la Carta Política, pero, con los reparos planteados y ajustes que respetuosamente formulamos, con la única pretensión de mejorar el proyecto, hacerlo más eficaz, de tal manera que genere seguridad jurídica, propenda por la efectiva realización de la justicia material y consulte el programa de Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la superación del vetusto Derecho Penal de autor y dando paso al Derecho Penal de acto, etc. Por manera que concebimos el proyecto como toda una novedosa construcción normativa, que permitirá a la administración de justicia militar u ordinaria examinar la conducta del miembro de la Fuerza Pública bajo los contenidos y el rigor de un derecho penal de ciudadano; en esa dimensión entendemos y compartimos el proyecto.

⁵ Recuérdese que, tras el séptimo debate, cambió el tenor literal: *“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 2º del artículo 3º del presente acto legislativo y que se encuentren en la justicia ordinaria, continuarán en esta”* (Nota del Director).

FUERO PENAL MILITAR: UNA COMPARACIÓN INTERNACIONAL

ALFREDO RANGEL SUÁREZ*

Las Fuerzas Militares de Colombia podrían ser las únicas que en la historia universal han soportado la abolición del fuero militar en medio de una confrontación armada. Rescatar ese fuero es una de las urgencias del momento, pues se ha convertido en un asunto crucial para nuestra seguridad nacional. La Fuerza Pública padece en la actualidad una situación absolutamente inconstitucional, pues, aun cuando nuestra Constitución Política en su Artículo 221 establece claramente que todos los delitos cometidos por militares en servicio activo y en desarrollo de sus funciones serán conocidos y juzgados por tribunales militares, sin embargo en la actualidad, todas las acusaciones de que son objeto los uniformados las conocen de oficio y en primera instancia los fiscales y los jueces. Esta jurisdicción ordinaria genera entre las tropas una inmensa e insuperable desconfianza pues, en muchos casos esos fiscales y jueces han demostrado que no tienen la imparcialidad, ni la objetividad, ni el conocimiento necesario para impartir justicia.

El efecto de esta inseguridad jurídica ha sido desastroso para la operatividad de las tropas que ha caído en forma vertical año tras año a partir del 2009, a tal punto que en el 2011 las Fuerzas Militares habían reducido el número de sus acciones ofensivas contra los grupos irregulares en un 80% con relación al 2003, a pesar de que en este mismo período se incrementó su pie de fuerza en 40%, su movilidad aérea subió un 22%, y su presupuesto se aumentó en un 61%.

* Director del Centro de Seguridad y Democracia de la Universidad Sergio Arboleda.

Continuando con esta tendencia descendente, en el primer trimestre de 2012 las acciones ofensivas de las Fuerzas Militares descendieron en un 52% en relación con el mismo período del 2011. Esta merma sostenida de la operatividad, en cuya raíz esta la inseguridad jurídica por falta de fuero militar, sin lugar a dudas ha sido aprovechada por la guerrilla para aumentar sus acciones violentas contra el Estado, contra la sociedad y contra la economía nacional en muchas regiones del país.

En consecuencia, restablecer plenamente el fuero militar no es simplemente un asunto de interés académico o que solo incumba a los juristas. Es un tema de interés nacional porque su ausencia está afectando de manera grave la seguridad nacional.

Dentro del complejo tema de la justicia penal militar sobresale en primer lugar un asunto básico y definitivo: cuál es el alcance de su jurisdicción, es decir, cuáles son los delitos que conocen, investigan y juzgan los fiscales y jueces militares, su *ratione materiae*. Y este es precisamente el punto que diferencia el artículo que sobre el fuero militar fue introducido en el proyecto de reforma a la justicia, del proyecto de ley que sobre el mismo tema se tramita en el Congreso. Así, el mencionado artículo le otorga un amplio alcance al fuero militar al presumir que todas las acciones operacionales de las Fuerzas Militares son legales y hacen parte del servicio, razón por la cual los presuntos delitos cometidos en el curso de dichas operaciones militares deben ser conocidos y juzgados en primera instancia por fiscales y jueces militares. En contraste, el proyecto de ley le otorga un alcance muy limitado al fuero militar y establece unas engorrosas Comisiones conformadas por miembros de las dos jurisdicciones, la civil y la militar, para determinar, en cada caso que se presente una reclamación, a cuál de las dos pertenece el proceso.

No existe a nivel internacional una fórmula única para determinar el alcance que debe tener el fuero militar. Sin embargo, en la gran mayoría de los países se concibe un fuero militar muy amplio cuando se trata de situaciones de guerra de conflicto interno o de estados de excepción. Más restringido en algunos países cuando se trata de tiempos de paz o de normalidad. Pero en todos ellos el fuero militar no es un privilegio para los combatientes del Estado, sino una garantía necesaria que todas las democracias le otorgan a sus soldados, ciudadanos que ponen en riesgo mortal sus vidas para proteger la seguridad de la nación entera.

Con base en el libro de FEDERICO ANDREU-GUZMÁN¹, presentamos a continuación la situación del fuero militar en algunos países de Europa y América, en lo que tiene que ver con el alcance que en cada uno de ellos se le otorga a la jurisdicción penal militar. Para los casos específicos de Francia e Italia citaremos un reciente documento de EDUARDO MACKENZIE².

En Argentina, durante los tiempos de paz, los tribunales militares conocen los delitos y faltas esencialmente militares, o sea, las que “pueden afectar la existencia de la institución militar” y que “exclusivamente las leyes militares prevén y sancionan”. En tiempos de guerra, juzgan los delitos que son cometidos por militares en actos del servicio militar, por órdenes de los superiores militares o por requerimientos de las autoridades civiles. El Código Penal Militar conoce una muy amplia gama de delitos entre los que se encuentran: delitos contra el orden constitucional; contra la lealtad a la Nación; delitos típicamente militares; delitos comunes militarizados (prevaricato, cohecho, defraudaciones, entre otros); y delitos comunes (hasta hurto y robo) cometidos con ocasión del servicio, definiendo este como “*todo el que se refiere o tiene relación con las funciones específicas que a cada militar corresponden, por el hecho de pertenecer a las Fuerzas Armadas*”, en particular los ejecutados en funciones de combate, de seguridad, de manejo de material, de instrucción y de formación. En tiempos de guerra el Código militar establece procedimientos extraordinarios, con características de juicio sumario.

En Austria no hay jurisdicción militar en tiempos de paz. En tiempos de guerra los tribunales militares conocen los delitos que el Código Penal Militar tipifica como “delitos profesionales” de las Fuerzas Armadas, delitos típicamente militares y algunos delitos comunes militarizados.

¹ Andreu-Guzmán, Federico: *Fuero Militar y Derecho Internacional. Los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos*. Bogotá, Comisión Colombiana de juristas- Comisión Internacional de Juristas, 2003. [También en línea, Disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/fuero_militar_y_derecho_internacional.pdf. Agregado del Director].

² Cfr. Mackenzie, Eduardo: “Colombia: La Justicia Militar, el ejemplo europeo” en HACER Latin American News, seis de abril de 2012. [En línea. Disponible en: <http://www.hacer.org/latam/?p=14708>. Agregado del Director]. Este documento lo hace el autor con base en el estudio del diputado francés Alain Marty que se encuentra en: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rappports/r3530.pdf>

En Chile el ámbito de la jurisdicción militar también diferencia tiempos de paz y tiempos de guerra. En este último los procesos de investigación son breves y sumarios, tanto que no pueden prolongarse más de 48 horas. El Código Militar abarca una amplia gama de delitos que van desde los típicamente militares hasta los delitos comunes cometidos en el ejercicio del servicio, entendido este como *“todo aquel o tenga relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas”*, lo cual permite que, incluso, los jueces militares conozcan de los casos de violaciones a los Derechos Humanos realizadas por los uniformados.

En Canadá, aunque la justicia militar procesa solo las infracciones de servicio, delitos militares y faltas disciplinarias atribuidas a miembros de las Fuerzas Militares, se considera una infracción de servicio todo acto u omisión calificada como infracción por el código penal ordinario. Pero, cuando un asesinato o un secuestro son cometidos en Canadá, los juzgan jueces civiles; si ocurren fuera del país los juzgan jueces militares. No obstante, delitos como el asalto sexual, si se cometen dentro del país, son juzgados por la justicia penal militar.

En Ecuador, la jurisdicción de la justicia penal militar es muy amplia. Incluye no solo los delitos militares, sino los delitos cometidos por militares bajo la figura de actos del servicio. El Código Penal de la Policía Civil Nacional es también muy amplio: incluye delitos militares, contra el derecho internacional, policiales, contra los derechos políticos y las garantías constitucionales, homicidio, lesiones personales y delitos sexuales. En consecuencia, las violaciones a los Derechos Humanos son de competencia de los tribunales policiales.

En España, en tiempos de paz, además de los delitos típicamente militares, la jurisdicción militar conoce un amplio espectro de delitos: delitos comunes militarizados, o sea, cuando la ley militar tiene un mayor castigo; delitos que atacan tanto contra bienes jurídicos comunes como militares, siendo esto último prevalente; y delitos comunes militarizados, esto es, que no tienen relación con lo militar, pero están incorporados al Código Penal Militar. Durante el Estado de Sitio la jurisdicción militar puede ser extendida en la declaratoria del mismo a delitos a delitos tipificados en la ley penal ordinaria. En tiempos de guerra la jurisdicción se amplía aún más, además de los de tiempos de paz, a los de la legislación penal común cuyo conocimiento le atribuyan el Gobierno o las leyes; los tipificados por las leyes españolas, cometidos por militares en tierra

extranjera; los cometidos por prisioneros de guerra; los delitos del código ordinario cometidos por civiles y que se convierten en delitos militares.

En Estados Unidos la justicia penal militar tiene una amplia cobertura, además de los delitos típicamente militares. Por ejemplo, los allí llamados “delitos convencionales” que se encuentran en los códigos civiles: asesinato, ultraje, asalto, sodomía, extorsión, incendio criminal, uso de estupefacientes, etc. También, están los delitos del Artículo General 134 del Código Penal Militar que declara criminales los actos contra el orden y la disciplina de las Fuerzas Militares, o que las desacredita. O delitos contra la aplicación de la Ley: escape de prisión, negarse a testificar, falsos testimonios, etc.

En Francia, “en tiempo de paz, toda infracción o delito penal cometido por un militar, o contra un militar, es tratado por el tribunal especializado en materia militar del tribunal de grande instancia designado por la ley. El código aplicado es el código de procedimiento penal, pero el militar tiene otras garantías adicionales importantes que preservan su derecho a la defensa: la acción pública sólo puede ser pedida por el Procurador de la República, pero únicamente si existe una denuncia previa de la infracción y ésta emana de una autoridad militar”.

Adicionalmente, “... ningún particular puede denunciar a un militar y pedir que se lo juzgue. Para evitar que una simple denuncia (justificada o de mala fe) rompa la cadena de mando, el pedido debe venir de una autoridad militar y, si la acusación es seria, el Procurador de la República la estudia antes de ordenar la acción pública. La confidencialidad de ciertas informaciones puede justificar la ausencia del jurado popular en el juzgamiento del militar. Es posible allanar lugares militares pero respetando ciertas reglas. Los militares deben ser detenidos en locales separados de los civiles”.

De otra parte, en tiempos de paz y fuera de Francia *“toda infracción o delito penal cometido por un militar, o contra un militar, es tratado por el tribunal de las fuerzas militares de París, sobre todo si la infracción fue cometida en un país ligado a Francia por acuerdos de defensa. El tribunal militar francés en Baden Baden se ocupa de las infracciones cometidas por las tropas francesas estacionadas en Alemania”.*

Finalmente, *“en tiempo de guerra las medidas de excepción se justifican. Los poderes del ministerio francés de Justicia pasan al ministerio de Defensa. Se instauran tribunales militares dentro y fuera del territorio nacional. Esos tribunales serán presididos por un magistrado judicial*

asistido por cuatro jueces militares. Dentro de Francia, el Alto Tribunal de las Fuerzas Armadas es competente para juzgar a los altos mandos. Toda decisión de justicia debe ser motivada por escrito. Toda decisión de primera instancia puede ser apelada. El Parlamento debe autorizar la declaratoria de guerra. El gobierno, en situaciones de estado de sitio, de estado de urgencia, de movilización o de advertencia, puede tomar decisiones respecto de la justicia militar”.

En Italia, “en tiempo de paz, los tribunales militares conocen los delitos militares cometidos por los miembros de las fuerzas militares. En cambio, no existe código de procedimiento penal militar, pues el código de procedimiento penal (de derecho común) es el que se aplica. En tiempos de guerra, los tribunales militares ordinarios son remplazados por tribunales militares de guerra con extensas competencias. Los magistrados militares tienen las mismas garantías de independencia que los magistrados ordinarios”.

En Perú la jurisdicción militar abarca también un amplio espectro de delitos que incluye los delitos militares, los delitos militarizados, y delitos comunes en los que estén involucrados militares o policías como víctimas o como victimarios. El Código Penal Militar concibe de manera muy amplia el “delito de función”, lo que ha permitido que incluso violaciones a los derechos humanos se incluyan en su jurisdicción bajo las figuras de “abuso de autoridad”, “uso innecesario de violencia” o “privación ilegal de la libertad”.

En Gran Bretaña, las infracciones al derecho común son conocidas por tribunales ordinarios, y las infracciones militares por la justicia militar. Sin embargo, por lo general las infracciones al derecho común cuando las comete un militar, son consideradas por los jueces como delitos militares y los casos son remitidos a la justicia castrense.

En Suiza el sistema penal militar distingue entre tiempos de paz y tiempos de guerra. En tiempos de paz, los tribunales militares juzgan a los militares por delitos cometidos en servicio o fuera del servicio, pero en el marco de sus deberes militares. El Código Penal Militar incluye un gran número de delitos, tanto los típicamente militares, como las violaciones al derecho de gentes. Pero también incluye muchos de derecho común: homicidio, secuestro, violación sexual, estafa, delitos contra la administración de justicia y delitos contra el patrimonio. La justicia penal militar también juzga a empleados, funcionarios y obreros civiles de las Fuerzas Militares por actos contra la defensa nacional. En tiempos de guerra la jurisdicción se amplía a civiles que cometen traición, espionaje, o ataques contra bienes militares.

En Venezuela la justicia militar juzga los delitos militares y los delitos comunes cometidos por militares en unidades militares, en funciones militares, en actos de servicio, en comisiones o con ocasión de ellas. También los delitos conexos cuando el equivalente militar tenga una pena igual o mayor que el delito común. Los delitos conexos son los cometidos por dos o más personas, juntos o concertados, para perpetrar delitos o procurar su impunidad. Como detalle relevante, el Código venezolano tiene un Capítulo titulado “Delitos contra las Personas y las Propiedades” que tipifica delitos comunes ejecutados por militares que “... en actos del servicio o en el desempeño de una comisión relativa a él, hicieran innecesario uso de armas o de otra violencia contra cualquier persona”.

Como se puede verificar, en todos los países examinados hay un alcance muy amplio de la justicia penal militar que solo se reduce en algunos países en tiempos de paz. Pero la gran conclusión es que en ningún país se restringe el fuero militar en tiempo de conflicto o de guerra. Esto evidencia un marcado contraste con la suerte que ha tenido el fuero militar en nuestro país desde hace casi dos décadas.

En efecto, los gobiernos han reconocido con sus decisiones políticas, sus medidas administrativas, sus estrategias y operaciones militares y sus iniciativas legales, la existencia de una amenaza armada contra el Estado y contra la sociedad, o de un conflicto armado interno, lo cual, obviamente, jamás ha significado otorgarle ningún tipo de legitimidad a los grupos guerrilleros. Sin embargo, distintas decisiones de los poderes públicos han ido recortando progresivamente el alcance del fuero militar para unas Fuerzas Militares que combaten día a día en una confrontación armada que les ocasiona miles de muertos y heridos. Se incrementa con toda razón y fundamento el presupuesto en defensa y seguridad para afrontar con éxito a los enemigos del Estado pero se restringe en forma absurda la garantía jurídica que es el fuero militar para nuestras Fuerzas Militares. Se les otorga a los soldados del Estado más recursos y se les rodea de apoyo público y de legitimidad, pero se reduce su certidumbre jurídica. Se les otorga apoyo material y político pero se les afecta la moral con la inseguridad jurídica por falta de fuero militar.

En conclusión, teniendo en cuenta la precaria situación actual del fuero militar en nuestro país y estableciendo una comparación con su vigencia en los países democráticos del mundo, creemos que en lo que respecta al alcance del fuero penal militar en Colombia,

es necesario retornar sin esguinces ni exclusiones a lo establecido en el Artículo 221 de nuestra Constitución Política. Por razones de seguridad nacional es conveniente devolverle la seguridad jurídica a nuestra Fuerza Pública estableciendo que los delitos de que fueren acusados sus miembros en el ejercicio de sus funciones deben ser conocidos en primera instancia por los tribunales militares, al tiempo que se debe acometer sin tardanza la tarea de modernizar y hacer más eficiente la Justicia Penal Militar. Y ante el temor de ser objeto de señalamientos en el exterior, debemos reivindicar que esta decisión también es un acto de soberanía nacional: se trata simplemente de equiparar el fuero de nuestras tropas al que existe en los países democráticos del mundo.

Pregunta para el Senador Juan Lozano: *Dadas las condiciones, Doctor Lozano, en las que se pretende negociar la paz, ¿Qué va a pasar con nuestras Fuerzas Militares sin fuero cuando estos señores terroristas pueden pedir en una mesa de negociaciones, según lo ha dicho el Gobierno y según se ha filtrado, lo que ellos quieran?*

Senador Juan Lozano: Rápidamente. En el Congreso, como les contaba, hay un ambiente por votar una reforma que le sirva a la Fuerza Pública y para eso, yo tengo que decirlo con franqueza, la gran mayoría del Congreso, en el pasado, le ha dado crédito a lo que el Gobierno le dice; el Congreso le ha creído al Gobierno. Por eso, cuando pidió que votaran el primer fuero, el Congreso lo votó con la votación más alta; cuando lo cambió y lo volvió a presentar, volvió a votarlo otra vez con la votación más alta porque le ha creído al Gobierno en su planteamiento.

Ahora hablo a título personal. Yo también estoy muy sorprendido con lo que ha pasado, a mi me ha tomado absolutamente por sorpresa el desarrollo de los últimos acontecimientos porque yo he dado siempre por absolutamente cierto lo que JUAN MANUEL SANTOS le dijo a los colombianos el siete de agosto de 2010 cuando se posesionó, dijo que no iba a haber una rendición del Estado, dijo que una condición para avanzar en la paz, como lo mencionaba en la intervención, absolutamente indispensable, era que los grupos violentos criminales, los grupos terroristas, dejaran el terrorismo, devolvieran los secuestrados, dejaran de reclutar niños, dejaran el narcotráfico. Nada de eso ha sucedido. Cuando el Presidente dio la declaración, hablando de los diálogos exploratorios, tratamos de construir una interpretación diciendo: bueno, ahora hay diálogos exploratorios, el paso siguiente no se podría dar sin que se garantice que esas condiciones que él mismo definió efectivamente se le brinden a los colombianos. Yo, francamente, me sorprende cada día con estos episodios. Uno en el fondo del corazón, fervorosamente, lo que quiere es la paz, pero también entendemos que la historia de Colombia esta llena de la nobleza de los colombianos y de portazos criminales de las FARC; que, en las últimas oportunidades en las que hemos confiado en las FARC, para ver si alcanzábamos la paz, lo que

* Transliteración, revisada por la Dirección, a cargo del Egresado de la Escuela de Derecho y Monitor adscrito al Departamento de Derecho Penal, Luis Camilo Pérez Duarte.

sucedió fue que se fortalecieron y golpearon con mayor severidad al país. Ese ejercicio de buena fe que hizo también el Presidente ANDRÉS PASTRANA condujo en el Caguán, a un gran fortalecimiento de las FARC. Entonces, por eso mencionaba que, aprendidas las lecciones del pasado, lo que nosotros tenemos que hacer es asegurar que cualquiera que sea el resultado del proceso —ojalá fuera la paz— no vamos a dejar debilitar ni a quebrantar las garantías para que la Fuerza Pública pueda hacer efectiva su tarea y para respetar y respaldar los derechos de sus miembros. Cualquiera que sea el curso del proceso Colombia necesita un fuero fuerte. Entonces, yo creo, y oyendo lo que hoy aquí he aprendido, la reflexión que nos tenemos que llevar al Congreso de la República con notas de las distintas ponencias es, como la voluntad del Congreso es tener un fuero claro y un fuero fuerte, revisemos el acto legislativo para no terminar entregando la cabeza de los integrantes de la fuerza pública con un proyecto recortado, con un proyecto con complicaciones. Y, más ampliamente, si eso va deteriorándose y, siguiendo la línea de las reflexiones del Sr. HOWLAND, que coinciden con las reflexiones de ALFREDO RANGEL y del Dr. VELÁSQUEZ, cada uno desde su distinta perspectiva, pues mejor en ese caso es que se hunda el Acto Legislativo sino va a servir para fortalecer la condición de la Fuerza Pública. Pero, en ese escenario tan revuelto, tan incierto, tan lleno de variables que hay en el Congreso de la República, lo que si ha existido es un ánimo de apoyar la Fuerza Pública.

En el día de ayer, en el debate que yo hice en el Congreso, el Ministro JUAN CARLOS PINZÓN fue muy claro diciendo: *“vamos a cumplir lo que dijo el Presidente, se va a mantener la ofensiva de la Fuerza Pública”*, es más, dijo, *“ayer yo reuní a los Comandantes a las 7 a. m., por Skype, y les di instrucción para que mantenga su capacidad ofensiva”*. Leí hoy en la prensa que hay dos voces de Senadores y de miembros de colombianos por la paz, que le dicen al Ministro de Defensa: *“señor Ministro, no vaya a poner en peligro el proceso, deje ese lenguaje belicista”*. A las 24 horas del Ministro haber dicho que iba a cumplir con lo que dijo JUAN MANUEL SANTOS, ya le están diciendo: *“Ministro, eso puede acabar con el proceso. Ministro de defensa, no diga que la Fuerza Pública va a actuar”*. Entonces, por eso es que estas reflexiones las hacemos dentro de un marco de absoluta cautela frente a lo que estamos viendo.

Intervención de una asistente: *Como mujer colombiana, amante de la democracia y de nuestras fuerzas militares, le pido el favor Senador de que reflexione por qué hoy, en Colombia, tienen más fuero guerrilleros, tiene intimidad, tiene garantías el guerrillero y no los oficiales de nuestras*

fuerzas militares. Por qué eso es un hecho incumplido (...) esa es la lectura que como una simple mujer colombiana, veo que se está dando en nuestro país. Le pido el favor Senador que con su bancada ustedes allá al interior del Senado logren reflexionar sobre la Ley que ustedes votaron, porque esa Ley fue votada en bancada y nosotros las personas que votamos el marco legal para la paz, nosotros que votamos por ustedes, esperábamos mayor protección para el futuro del país, el futuro de nuestros hijos.

Intervención de una asistente: Senador Lozano, yo quisiera saber si el proyecto de acto legislativo 192 se llegase a hundir, qué herramientas jurídicas tendríamos las Fuerzas Militares para iniciar estos acuerdos de paz porque, también es cierto, que el señor Presidente dijo “vamos a iniciar los acuerdos de paz sin el cese de hostilidades, sin vedar ningún territorio nacional para las Fuerzas Militares”. Nosotros, como militares, somos respetuosos de la Ley y de la Constitución, y mientras no haya una paz que perdure en Colombia, mientras siga existiendo la violencia en Colombia, nuestra obligación constitucional es defender la vida, honra y bienes de todos nuestros conciudadanos. Entonces, la paz no ha llegado a ningún acuerdo. Como militares somos los que más deseamos esa paz para las futuras generaciones, para nuestras familias y para nosotros mismos porque somos quienes ponemos la cuota de sangre y, además de esa cuota de sangre, estamos poniendo a todos nuestros compañeros soldados de tierra, mar y aire en la cárcel. Como lo decía el señor padre de familia de ese Oficial, uno viene aquí con el convencimiento, como lo dice oración patria, de que llegado el caso morí por defenderte. Es la única profesión que en el ejercicio de nuestras funciones ofrendamos nuestras vidas: ni el abogado, ni el médico, ni el ingeniero ni ninguna otra profesión, ofrece su vida en el ejercicio de sus funciones. Entonces sí queremos tener esas garantías jurídicas por parte del Estado, por parte del poder legislativo y esa es nuestra esperanza. Mal que bien hay un proyecto con muchas dudas, con muchos problemas, pero es una luz al final del túnel que nos puede mejorar ciertas garantías que las diferentes Cortes nos han ido restringiendo en nuestro fuero y, al paso que vamos, nosotros vamos a quedar peor que ser guerrillero. Entonces, uno va a pensar, entro a negociar por una sentencia anticipada, así yo sea inocente, pero si hago una regla matemática me conviene a mi decir que si lo hice para que me rebajen el 50% de la pena y poder salir por buena conducta con 1/3 parte de lo que me imputan.

Pregunta para el Senador Juan Lozano: Quiero saber si se han tenido en cuenta, o se van a tener en cuenta, en los debates que se van a llevar a cabo en el Senado, los puntos críticos identificados en la sesión de abril de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se consideró como

esta reforma, de ser aprobada, tal como está, haría que Colombia incurra en violaciones de sus obligaciones internacionales frente a este organismo.

Senador Juan Lozano: Desde mi preparatorio no contestaba tantas preguntas así seguidas pero, varias cosas. Uno, yo tengo la convicción de que el mayor enemigo de la vigencia de un buen fuero ha sido ese Convenio suscrito entre el Ministerio de Defensa y la Fiscalía en esta coyuntura. Entonces, con esa convicción lo que siempre he creído es que, el primer conocimiento de los hechos, si se derogara el Convenio, tendría que remitirse al principio del artículo 221 de la Constitución. Si nosotros vamos a aprobar un proyecto que genere confusión en relación con el primer conocimiento, y esa es la preocupación de las comisiones, y esa es la preocupación de la redacción, estaríamos mermando la garantía constitucional que hoy existe porque, finalmente, esa condición restrictiva que hoy viven en muy buena medida obedece a un acto administrativo que, mediante otro acto administrativo, se puede revertir. En cambio, si aprobamos una reforma constitucional y recortamos el fuero, constitucionalmente estaríamos aceptando un fuero de inferior categoría. Esa es mi preocupación. Por eso, cuando los oigo a todos, mi conclusión es que la revisión académica profunda la tenemos que hacer para evitar que el buen empeño que usted mismo expresa en su pregunta, se termine traduciendo en un Frankenstein frente al fuero y, por hacer más, terminemos restringiendo una voluntad del constituyente del 91 que es bastante clara. Y eso me da pie para contestar la segunda pregunta.

Todo esto lo tenemos que armonizar en función de unos principios y unas obligaciones internacionales y, claro, que el país no puede mantener, habiendo suscrito una serie de compromisos internacionales, un régimen que los desconozca. Yo, sin embargo, tengo la convicción de que la vigencia del artículo 221 no desconoce los acuerdos internacionales. El 221 no es un artículo que genere ningún tipo de contradicción dentro del bloque de constitucionalidad ni mucho menos, lo que hay que asegurar, claro está, es que la institución del fuero no se preste para abusos de ninguna naturaleza, que con el fuero por delante no se generen escenarios de impunidad y por eso, algo que aquí se ha dicho, que es muy importante y lo quiero resaltar, y lo han dicho quienes han intervenido: nosotros tenemos que acompañar cualquier propósito de recuperación del fuero con un empeño categórico de fortalecimiento a la justicia penal militar. La apuesta del fuero es una apuesta simultánea de que la justicia penal militar sea una justicia fuerte, sea una justicia confiable y, recuperando otras expresiones de quienes intervinieron, el problema de fondo es que se generó

una desconfianza sobre todo en algunos espacios internacionales, en algunas organizaciones no gubernamentales, en algunos escenarios académicos frente a la justicia penal militar porque encubrió en el pasado, porque en el pasado se prestó para abusos. Pero la fórmula no es acabar con la justicia penal militar ni descreer de la justicia penal militar, la fórmula es fortalecer la justicia penal militar dentro del marco que estableció inicialmente la Constitución, que era nuestro reparo frente a la propuesta inicial que presentó la Comisión, esa Comisión de entrada decía, en una parte del texto, que íbamos a fortalecer la justicia penal militar pero, simultáneamente, descreía de ella y señalaba que tenían que ser esas comisiones por ella sugeridas, y no la justicia penal militar, las que debían tener el primer conocimiento para definir cuál era la jurisdicción competente y para establecer si lo que había ahí era un falso positivo o, por el contrario, un acto cometido en desarrollo de las funciones legítimas del servicio. Entonces, ahí es donde está este punto tan absolutamente sensible; y, termino diciendo que cuando se fueron proponiendo las distintas reformas, y se los digo con el corazón abierto y con toda candidez, las voté confiado en esa palabra que el Presidente dio el siete de agosto de 2010. Yo he confiado en la palabra del Presidente de la República, y yo le oí con mucho cuidado el discurso del siete de agosto de 2010 y cuando estábamos votando el marco jurídico para la paz personalmente dije: *“este proyecto no puede ser para que TIMOCHENCO llegue al Congreso de la República”*, lo dije, está grabado en las actas, *“este proyecto no puede prestarse para que mañana nos sometan a un proceso en el que nos obliguen a entregar al país por cuenta de una negociación que no cumpla con las garantías que se nos han definido”*. Esa es la razón por la cual, de buena fe, concurrimos a ese proceso. Yo mismo, en el marco para la paz pedí unas exclusiones, pedí que no existieran unos beneficios. Yo lo que espero es que no se cometan errores y ojalá, ojalá, podamos recorrer este camino acertadamente. Esa es la encrucijada en la que estamos.

Pregunta para el Dr. Fernando Velásquez: *Desde el punto de vista técnico jurídico, que es el quid en el que anda algo enredado el Senador Lozano, cuál sería la solución sin necesidad de la reforma porque el 221 es muy amplio, para que en realidad los militares tuvieran la garantía de que no solamente con un testimonio de una persona, que va muchas veces detrás de una indemnización por vía administrativa, se diga que es una muerte posterior al combate, es un falso positivo, es lo que está ocurriendo hoy día.*

Dr. Fernando Velásquez: Bueno, agradezco su pregunta. Lo primero que quiero clarificar es que yo no veo desacertado al Senador en el planteo jurídico, a mí me parece que es coherente. Lo que pasa es que

tenemos que sacarnos de la cabeza la idea de que es mediante leyes, mediante reformas constitucionales, como vamos a lograr cambiar la realidad. Si SANTANDER viviese hoy podríamos decir con él que Colombia es un país de leyes, pero de leyes mal hechas. Yo creo que en el Ordenamiento Jurídico actual, incluido el 221, tenemos todas las herramientas para hacer efectivo el fuero. En la Ley penal sustantiva, en la ley penal militar, en la ley penal ordinaria, tenemos las herramientas. Ahí están las causales de exclusión de la responsabilidad en tratándose de la conducta, en tratándose de la tipicidad, en tratándose de la antijuridicidad, en tratándose de la culpabilidad. ¿Qué es lo que realmente acontece? Pues que tenemos una justicia politizada, tenemos unos jueces politizados, tenemos unos fiscales politizados y, además, mal preparados. Yo no me canso de repetir, y lo voy a decir hoy aquí, con todo el respeto, que tenemos Magistrados de la Corte que no tienen ni siquiera los requisitos para ser inspectores de policía del corregimiento más apartado de este país. Si a la ignorancia le añadimos la arrogancia, dos “cualidades” muy explosivas, pues imagínense ustedes el coctel que se genera. Entonces, de lo que se trata es de reformar de verdad la administración de justicia; el tema no es solo el fuero, el tema no es solo la justicia penal militar, el tema es toda la administración de justicia en Colombia y, de la mano de esa reforma, es la reforma al Estado mismo. Es que el modelo de Estado que nos hemos dado los colombianos no lo hemos logrado llevar a la realidad. Colombia no es un Estado Social y Democrático de Derecho, o sea, no hemos logrado plasmar ese ideal en la realidad. El país ya maduró lo suficiente como para que empecemos a debatir cuál es el verdadero modelo de Estado que queremos y, así no nos guste, pues vamos a tener que contar con diversos actores, también esos criminales que tanto repugnamos, que tanto daño le han hecho al país, forman parte del nuevo diseño. El problema es hasta dónde el Estado va a ceder en relación con las pretensiones que ellos han formulado. El dicho callejero dice que “pidiendo, nadie se ha quebrado” y yo creo que estos actores armados lo saben muy bien; están pidiendo lo divino y lo humano pero la sociedad civil es la que tiene que estar muy vigilante de cara a que este proceso se jalone de verdad y para que, finalmente, el tema del fuero militar —y es preocupante realmente lo que está sucediendo— recupere su camino. El Convenio existente es abiertamente inconstitucional, es que no es ni siquiera ilegal, es que no existe desde la perspectiva jurídica. El Presidente, como Comandante de las Fuerzas Militares, como la cabeza del poder civil en nuestro país, tiene las herramientas a la mano para proceder; falta es voluntad política a mi modo de ver y nuestros jueces no pueden seguir juzgando así a los ciudadanos, no solo a los militares.

ANEXO

“TEXTO PROPUESTO AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 16 DE 2012 SENADO, 192 DE 2012 CÁMARA

por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de la República

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese el artículo 116 de la Constitución Política con los siguientes incisos:

Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, y ejercerá las siguientes funciones:

1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.

2. De manera preferente, 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.

3. **De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar.**

4. Las demás funciones que le asigne la ley.

El Tribunal de Garantías estará integrado por **ocho (8)** Magistrados, **cuatro (4)** de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. Sus miembros serán elegidos por la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Gobierno del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pleno. Los miembros de la Fuerza Pública en retiro de este Tribunal serán elegidos de **cuatro (4)** ternas que enviará el Presidente de la República.

Una ley estatutaria establecerá los requisitos exigidos para ser magistrado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el mecanismo de postulación de candidatos, el procedimiento para su selección y demás aspectos de organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales.

Artículo 2°. Adiciónese al artículo 152 de la Constitución Política un literal g), así:

g) Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la constitución, de conformidad con el presente acto legislativo.

Artículo 3°. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

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.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, **ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado.** Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por

miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

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

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

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código Penal Policial.

La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

Créase un fondo destinado específicamente a financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en la forma en que lo regule la ley, bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la Unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública.

Artículo 4°. *Transitorio*. 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.

Artículo 5°. *Transitorio*. Facúltese por tres (3) meses al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley necesarios para poner en marcha el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de que trata el presente acto legislativo. Los decretos expedidos bajo esta facultad regirán hasta que el Congreso expida la ley que regule la materia.

Artículo 6°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación”.



Bibliografía

WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN: *El principio de complementariedad y la ley de justicia y paz: Principales desafíos*, Bogotá D.C., Colección Estudios de Derecho Penal No. 2, Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2011.

“La gota horada la piedra, no por su fuerza, sino por su constancia”.
OVIDIO (43 AC-17)

Una de las problemáticas de más alto calado en la actualidad en materia jurídico-penal, con incidencias en el campo nacional, es el estudio de las relaciones existentes entre –por una parte– el tradicional derecho penal nacional edificado sobre los principios inquebrantables de legalidad, dignidad humana, proporcionalidad, debido proceso, entre muchos otros, propios de un Estado Social de Derecho, erigidos para que *“la creación, interpretación e integración del derecho no queden libradas al arbitrio subjetivo de quienes la ejercen, sino a la inatacable objetividad en que ellos consisten”*¹; y, por otra parte, un llamado derecho internacional penal, fruto de las genuinas preocupaciones de una comunidad internacional vigilante y atenta por evitar la impunidad de delitos que, a su juicio, afectan seriamente derechos humanos y bienes jurídicos de protección supranacional.

La edificación de este “nuevo” derecho internacional penal a través de Tribunales de postguerra, como los de Tokio y Núremberg, y tribunales *ad hoc* como los de la Antigua Ex-Yugoslavia y Ruanda, han generado grandes enfrentamientos con el derecho penal nacional, protector de ciertos postulados, como el de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*), de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*) y de la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

¹ VELÁSQUEZ V., Fernando, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Cuarta Edición Actualizada, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, pp. 37.

Ante esta perspectiva, la Corte Penal Internacional se edifica como el mecanismo que permite en instancias universales la protección de tales axiomas. Se crea a través de un tratado internacional un tribunal permanente, con competencias temporales, personales, territoriales y materiales claramente definidas, contemplando la persecución y juzgamiento de delitos “*que atenten contra la comunidad internacional en su conjunto*”, definidos de forma taxativa en el mismo instrumento, cuya jurisdicción se estructura en todo caso, como “*complementaria de las jurisdicciones penales nacionales*”, tal como lo afirma el preámbulo del propio Estatuto de Roma.

De tal forma, el llamado principio de complementariedad, creado a través del Estatuto de Roma, modifica las relaciones existentes entre una jurisdicción internacional (como la Corte Penal Internacional) y las jurisdicciones nacionales, tema de intrincadas fuentes jurídicas y de conclusiones que van mas allá de un mero estudio de normativas nacionales. Puede decirse, desde ya, que en este punto radica la importancia del estudio adelantado por el Profesor CHRISTIAN WOLFFHÜGEL G., investigador adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, titulado “*El principio de complementariedad y la ley de justicia y paz: Principales desafíos*”, que se alza como un referente a futuro de las intrincadas y cambiantes relaciones entre un derecho penal nacional como el colombiano y un derecho internacional penal, enfocado en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. De ahí que sea “un título que va de la mano de una pregunta que le sirve para enfrentar el problema medular de la investigación y que aparece como subtítulo del trabajo: ¿La Corte Penal Internacional podrá ejercer su facultad de intervención complementaria?”, como dice el Profesor FERNANDO VELÁSQUEZ en el prólogo del mismo.

Conozco al autor de esta investigación desde hace más de tres años; una persona de inmensos valores personales, familiares y humanos, que ha trabajado de la mano del Director del Departamento de Derecho Penal en la construcción de esta unidad académica (¡sin olvidar, claro está, los innumerables aportes realizados por muchas más personas en la consecución de esta realidad!) como un espacio idóneo para la investigación seria y comprometida con la sociedad y con el desarrollo de las ciencias jurídico-penales en el país. La obra “*El principio de complementariedad y la ley de justicia y paz: Principales desafíos*”, producto de la investigación dirigida por el Profesor KAI AMBOS catedrático de la Universidad de Göttingen (Alemania),

fue escrita por el Profesor WOLFFHÜGEL como tesis de sus estudios magistrales.

El texto consta de tres capítulos, acompañados por una introducción general en la que se explica el contenido a desarrollar y unas conclusiones precisas de todo el análisis realizado, aunado a una bibliografía que demuestra el manejo y conocimiento del autor en estas materias. Resulta relevante en este punto mencionar la jurisprudencia internacional utilizada, oportunidad en la cual —pese a las dificultades inherentes en su lectura, comprensión y recolección— el autor logra conectarlas y analizarlas en la integridad del trabajo, de tal forma que explica de manera sencilla los diversos pronunciamientos de la Corte Penal Internacional en relación con el principio de complementariedad, a tal punto de que cualquier abogado o novel en la profesión puede comprender plenamente las estructuras básicas de la complementariedad al interior de este Tribunal Internacional.

Ya en la introducción, el autor expone con gran exactitud las problemáticas a las que se enfrenta al analizar el principio de complementariedad en relación con la realidad nacional y, de manera más específica, con la llamada Ley de justicia y paz. Afirma al respecto que *“el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional plantea interesantes desafíos por la tensión que puede suscitar su plexo normativo con los modelos legales y las actuaciones de los diversos países que han ratificado el tratado, en la medida en que se trata de una institución que, bajo ciertos presupuestos, “complementa” los sistemas judiciales domésticos (...) En esa línea de razonamiento, de cara al caso colombiano, paradigmática es la tensión que se divisa entre la Ley 975 de 2005 —con ella la praxis— y el Principio de Complementariedad, piedra angular, del Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional”*.

El capítulo I, busca examinar y explicar las transformaciones legislativas sufridas por el ordenamiento jurídico nacional con anterioridad a la expedición de la susodicha Ley 975 de 2005, a cuyo efecto analiza las problemáticas centrales que genera esta “justicia transicional” en Colombia, relacionadas con la pena alternativa establecida en dicho referente normativo, la extradición de catorce importantes jefes paramilitares encausados a través de la ley de justicia y paz y la duración excesiva de los procedimientos al interior de la misma, entre otros factores que —sin lugar a dudas— afectarán la posible intervención de la Corte Penal Internacional en Colombia, tal como lo concluye el trabajo en comentario cuando afirma: “(...)

finalmente, es pertinente responder la cuestión que se formuló en el preludio de esta investigación. En primer término, no hay garantía absoluta de que al Corte Penal Internacional se abstenga de ejercer la facultad complementaria de intervención. Sin embargo, en segundo término, el test que plasma el Estatuto de Roma en esta materia es bien complejo y superarlo, en relación con el caso colombiano –Ley de Justicia y Paz–, no parece muy claro a pesar de los evidentes escollos que atraviesa. Añádase, en tercer término, que de acuerdo con la estrategia de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ésta se ocupa no sólo de los crímenes más graves, sino de los criminales más responsables. En este punto es donde se gravita la discusión, toda vez que parte de los más responsables ya fueron extraditados y su participación en el marco de la referida Ley está hoy en entredicho”.

El Capítulo II analiza el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a cuyo verifica sus antecedentes históricos, la noción del mismo, el llamado test de admisibilidad y, de manera principal, los componentes en que se desarrolla; valga traerlos a colación: la gravedad suficiente y la complementariedad en *stricto sensu*, la cual se subdivide en admisibilidad por inacción y en admisibilidad por falta de disposición y por falta de capacidad del Estado. Estos referentes serán de plena utilidad de cara a analizar las implicaciones del Estatuto de Roma al interior del ordenamiento jurídico nacional y frente a la Ley de justicia y paz, por cuanto es en desarrollo de estos elementos cómo puede concluirse admisible una situación o no frente a la Corte Penal Internacional.

El Capítulo III, por su parte, examina las diferencias existentes al interior del Estatuto de ese tribunal entre la investigación de una situación y un caso –referentes temporales, espaciales y personales claramente diferenciados–, para dirigir su estudio a las Estrategias de la Fiscalía de este Tribunal Internacional. El cuestionamiento de estas realidades al interior de la Corte trae para el estudioso la concreción de dos desafíos en relación con la situación en Colombia y el test de complementariedad.

¡Estamos, pues, ante un incansable maestro, un paciente amigo, un dedicado investigador e intachable abogado! Una persona que edifica su obra como una construcción jurídica capaz de analizar con claridad, contundencia y un manejo extraordinario en fuentes jurídicas “complejas”, como la jurisprudencia y la doctrina internacional (investigaciones en estos frentes que hoy día, ni siquiera las Altas

Cortes de nuestro país son capaces de adelantar con la precisión y seriedad necesarias). Su trabajo se erige como un texto claro, corto, preciso que permite enmarañar las grandes relaciones existentes del llamado principio de complementariedad con la realidad jurídico-penal en Colombia. Si la verdadera elocuencia consiste en no decir más de lo que es preciso, esta investigación puede definirse como “elocuente”, merecedora de los más grandes elogios y aplausos. El texto, pues, no solo es fruto de la investigación y el trabajo individual de un connotado Profesor; se alza, además, como una muestra de los enormes compromisos en investigación y la constante dedicación que en estas materias realiza el Departamento de Derecho Penal.

Se trata, entonces, de un obligado referente (de los pocos que existen en Colombia) a la hora de precisar hacia dónde debe dirigirse la investigación jurídica nacional; de manera clara lo expuso, con magistrales palabras el prologuista cuando dijo: *“Esto último cobra mucha relevancia en países como los nuestros hoy presas de una falsa, pedante, y arrogante “academia”, que pretende endiosar a los portadores de pergaminos y enlodar la actividad de los verdaderos investigadores a quienes, por supuesto, se les conoce por sus gestas como eruditos y su compromiso social y no por el bullo de títulos que carguen bajo el brazo”*. Resultados como los obtenidos por el joven Profesor y por el propio Departamento de Derecho Penal, generan una amplia confianza en la investigación enfocada en compromisos sociales y en la búsqueda real de conocimientos, contraria a la imperante hoy día, dirigida a una simple “recolección de títulos profesionales”, sin contenido o producción académica alguna.

¡Claramente, son estos los frutos que caben esperarse de un proceso arduo y constante que lleva más de siete años al interior de la Universidad Sergio Arboleda! Por supuesto, vendrán otros resultados: piénsese en la nueva investigación que ahora adelanta el autor de este trabajo con la cual aspira a doctorarse en la *Università degli Studi Roma Tre*; creaciones todas ellas prometedoras y que llenan de orgullo a la Universidad Sergio Arboleda, a su Departamento de Derecho Penal, al propio estudioso y a toda su familia.

JUAN PABLO SIERRA PIÑEROS
Abogado Universidad Sergio Arboleda
Bogotá D.C., trece de noviembre de 2012.

MOLINA LÓPEZ, RICARDO: *La conformidad en el proceso penal, análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*. Bogotá, Universidad Pontificia Bolivariana/Universidad de los Andes/Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

Esta obra, que corresponde a la tesis doctoral confeccionada por el Prof. RICARDO MOLINA LÓPEZ, Doctor de la Universidad de Sevilla (España), es sin duda un notable esfuerzo académico de fundamentación y desarrollo teórico sobre los fines del proceso penal. No es fácil encontrar libros que como éste, antes de desarrollar las instituciones del Derecho Procesal Penal, se preocupen por los fundamentos constitucionales del proceso y de su necesaria relación con el Derecho Penal sustantivo; ahí tiene, pues, el lector uno de los mayores alicientes para emprender su lectura.

Desde luego, es muy difícil en tan corto espacio hacer un resumen de los contenidos del trabajo, pero, en la medida de lo posible, intentaré exponer algunos de sus aspectos esenciales entre los cuales se hace marcado énfasis en la figura de la conformidad en el proceso que, en la terminología colombiana, se corresponde con el instituto de la aceptación de cargos, sin olvidar la sentencia anticipada y los mal llamados “preacuerdos y negociaciones”.

En la primera parte, el autor se ocupa de la fundamentación del proceso penal para afirmar que el Derecho Procesal Penal es un instrumento vinculado a la Política Criminal del Estado, destinado a combatir la delincuencia dentro de los marcos de un Estado Social y Democrático de Derecho, es decir, se busca combatir el crimen pero con el debido respeto por las garantías constitucionales del procesado y de la víctima. Además, afirma que el proceso penal en ese marco constitucional es también un instrumento para materializar el Derecho Penal sustancial, o, en otras palabras, una herramienta para administrar justicia a los sujetos que hayan cometido conductas punibles (típicas, antijurídicas y culpables) establecidas en la Ley, e imponer una pena en los casos en que se justifique una intervención penal.

Dentro de ese marco conceptual los fines de la pena juegan un factor importante, toda vez que verificados los presupuestos de la conducta punible, el Ministerio Fiscal en España o la Fiscalía General de la Nación en Colombia, así como los jueces, pueden encontrar salidas diferentes a la imposición de la pena o, en su caso, la no imposición de la pena completa al procesado, a través de la aplicación

del principio de oportunidad o del instituto de la conformidad en el proceso penal. Para optar por alguno de estos institutos los intervinientes y las partes —sobre todo la defensa y la víctima—, deben ponderar por tanto las garantías procesales del acusado y los fines de la pena —especialmente la prevención general positiva y la resocialización— como los derechos de la víctima dentro del proceso penal.

En la segunda parte, el Profesor MOLINA LÓPEZ plantea la problemática generada por una solución diferente a la imposición de una pena a quien ha cometido una conducta punible a través de la aplicación del principio de oportunidad y el instituto de la conformidad, porque esos mecanismos pueden verse no sólo como una distorsión del fin instrumental asignado al proceso penal tendente a realizar el derecho penal sustancial, sino como una renuncia a las garantías procesales como son las de un juicio público y la del ejercicio del derecho de contradicción.

Al mismo tiempo, se toma conciencia que desde el punto de vista político-criminal, las soluciones alternativas como el principio de oportunidad, la aceptación de cargos, los preacuerdos y las negociaciones, constituyen unas herramientas jurídicas pertinentes dentro de una tendencia expansionista del Derecho Penal, porque hoy se hace físicamente imposible cumplir las promesas punitivas hechas por el legislador y ningún sistema penal puede, desde la perspectiva material, procesar todas las conductas punibles con el agotamiento de las diversas fases del proceso.

Sin embargo, el autor niega de manera abierta que la eficiencia y el pragmatismo sean el fundamento jurídico para la aplicación del principio de oportunidad, o del instituto de la conformidad en el proceso —ello muy a pesar de lo enseñado por los modelos de corte anglosajón, de donde han sido trasladadas estas instituciones—, porque en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho de tradición continental, los fundamentos deben ser la protección de las garantías fundamentales y, en consecuencia, el soporte jurídico y filosófico es diferente.

Así, entonces, el expositor cree que ambos institutos técnicamente son principios del derecho y se vinculan con el principio de legalidad, por lo cual no se anulan entre sí sino que gracias a un proceso de ponderación se busca la mayor aplicación de cada uno, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas de cada caso en concreto.

En consecuencia, esos mecanismos no son excepciones al apotegma de legalidad como por regla general se plantea, sino que son presupuestos de la intervención penal a través del proceso penal, previa aplicación del juicio de ponderación. Es decir, son figuras procesales creadas por la Ley que permiten la descriminalización o desjudicialización de conductas punibles, con fundamento, en parte, en el Derecho Penal sustantivo como ocurriría en conductas de poca relevancia penal por la presencia de una lesividad o una culpabilidad disminuidas, o por necesidades político-criminales como la colaboración eficiente con la justicia en el caso particular del principio de oportunidad.

Lo mismo ocurre con la conformidad en el proceso penal, pues la renuncia al derecho a un juicio justo y a ejercer la contradicción no pueden tener un fundamento meramente eficientista o económico, pues implicaría un retroceso a etapas previas a un Estado de Derecho, como lo fueron las épocas en las que operaba la santa inquisición. El fundamento de dichas instituciones es, en parte, el derecho a acceder y a participar en la justicia que tiene el procesado, con la garantía de la revisión y la aprobación de un juez, quién debe verificar en todo caso los presupuestos y las condiciones de la realización de una conducta punible, y de la aceptación de los cargos.

Así mismo, en relación con los preacuerdos y las negociaciones afirma que su fundamento deriva en la modulación de los principios de legalidad, de oportunidad y de necesidad de la pena, porque permiten al fiscal y a la defensa acordar el monto de la pena y renunciar a la imputación de algunos delitos —o de agravantes— a cambio de la aceptación de los cargos por parte del procesado. En ese orden de ideas, se desjudicializa el proceso al no tener que agotar todas las etapas, se acuerda la duración de la pena partiendo de los fines de las mismas como son los de prevención general y de resocialización, todo ello con el debido respeto de las pautas legales para aplicar dicha institución procesal.

Por todo lo dicho —aunque no sólo por ello, pues hay muchas cosas que decir de esta rica investigación—, es manifiesta la necesidad de que los estudiosos emprendan la lectura de este libro, porque los aportes académicos del autor posibilitan encontrar mejores bases constitucionales para la aplicación del principio de oportunidad y del instituto de la conformidad en materia penal, que por muchos años han estado ausentes en las leyes, en las providencias y en

muchos libros de Derecho Procesal Penal, lo cual ha dado como resultado un sinnúmero de decisiones de nuestro aparato judicial arbitrarias y lamentables.

JORGE ARTURO ABELLO GUAL
Profesor adscrito al Departamento de Derecho Penal
Facultad de Derecho
Universidad Sergio Arboleda.
Bogotá, quince de noviembre 2012.

