

## **Fuero penal militar: una institución en crisis\***

### Military criminal jurisdiction: an institution in crisis

María Cristina Bucheli Espinosa\*\*

#### **Resumen**

*Este trabajo pretende lograr un adecuado entendimiento de la justicia penal militar y de la institución del fuero penal para las Fuerzas Militares –en adelante FF.MM.– y de Policía, derivado del artículo 221 de la Constitución Política de 1991, pues, como todos los fueros en Colombia, en principio, se hicieron no para privilegiar a las personas que ostentan una determinada condición o dignidad, sino para preservar el cargo o la función pública que desempeñan. Por lo tanto, es necesario decir enfáticamente, que la justicia penal militar puede ser especial, pero no puede ser desigual ni parcializada, porque deja de ser justicia.*

Fecha de aceptación: 3 de septiembre de 2015

Concepto de recepción: 30 de septiembre de 2015

Fecha de aprobación: 15 de octubre de 2015

\* El presente artículo es desarrollado bajo una mirada pragmática con una profunda y muy sentida crisis de la justicia penal militar como eje fundante de la problemática a desarrollar.

\*\* Abogada de la Universidad de Nariño, magíster en Criminología del Convenio Universidad de Nariño-Universidad Santiago de Cali, especialista en Ciencias Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia, catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Pasto. mariabucheli@hotmail.com

*Resaltaremos igualmente, las modificaciones que esta institución ha sufrido desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 hasta el momento, las cuales han hecho que la justicia penal militar sea completamente inestable, y con ello, han perjudicado no solo a la institución –bastante desprestigiada a nivel nacional e internacional–, sino a sus naturales destinatarios, los militares, y al país, porque con las sucesivas ampliaciones y modificaciones del fuero penal militar, ha incumplido los compromisos internacionales. Por lo anterior, hemos llamado al fuero penal militar, una institución en crisis.*

*Finalizaremos planteando a manera de conclusión, lo que en nuestro criterio debe ser el fuero y la justicia penal militar, con miras al posconflicto, dado nuestro compromiso con la paz de nuestro país y con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario –en adelante DIDH y DIH respectivamente–.*

### **Palabras clave**

*Fuerzas Armadas, Fuerzas Militares, fuero penal militar, justicia penal militar, derechos humanos, derecho internacional humanitario, Constitución de 1991, reformas constitucionales, conflicto armado y proceso de paz.*

### **Abstract**

*The following paper aims to get an appropriate understanding of the military criminal justice system and of the criminal privilege for the Army and the Police forces, derived from the article 221 from the Colombian Political Constitution of 1991, because, as all penal jurisdictions, it was made not to give privilege to the people with a particular condition or dignity, but to preserve the civil servant condition of their positions. Therefore, it is necessary to affirm emphatically that the military criminal justice system could be special from the standard criminal justice system, but cannot be uneven or biased, because if that happens, it is no longer justice.*

*It will also be pointed out that, the modification the above mentioned institution has had from the 1991 Colombian Constitution on, to this day, have made the military criminal system completely unstable, damaging not only the institution of military criminal justice system –that has lost a lot of recognition nationally and internationally- but also for those who receive it, the military personnel, and the whole country, because with all the successive modifications that had been made to it, the military criminal justice system as we know it today, does not comply with the international commitments. Because of all*

*the aforementioned reasons we have affirmed that the military criminal jurisdiction is an institution in crisis.*

*We will end up concluding what in our opinion the military jurisdiction and military criminal justice system should be, with a view to post-conflict, given our commitment with the peace of our country and with the international human rights law and international humanitarian law –hereinafter IHRL and IHL respectively–.*

### **Keywords**

*Army, Military Forces, criminal military jurisdiction, penal military justice, human rights, humanitarian international law, Constitution of 1991, constitutional reforms, peace process.*

### **Sumario**

1. Breve historia del fuero penal militar
2. Caracterización del fuero penal militar en la Constitución Política de 1991
3. El prestigio de la justicia penal militar
4. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la justicia penal militar en Colombia
5. El Acto Legislativo 1 de 2015, el derecho internacional humanitario y el tratamiento de los militares frente a la justicia transicional
6. Conclusiones y referencias

### **Método**

Jurídico crítico.

### **Metodología**

Lo que se busca es determinar el nivel de acceso y la eficacia de la justicia penal militar en Colombia.

## 1. Breve historia del fuero penal militar

El general Álvaro Valencia Tovar (2002) señala que el fuero penal militar y la justicia penal militar son instituciones de estirpe española que nacieron del fuero militar que se remonta a las legiones romanas y que han sido "una tradición histórica de la jurisprudencia colombiana", recordando que fue el Rey Carlos III, el gran reformador de las instituciones militares, quien, el 9 de febrero de 1793, promulgó un decreto que establecía el fuero militar para los ejércitos de España y ultramar, para que el juzgamiento de los delitos cometidos por los militares se hiciera por tribunales castrenses, que se diferenciaban de la justicia ordinaria por la especificidad de los actos punibles sometidos a su jurisdicción.

Con la independencia, el fuero militar pasó a la República junto con la esencia del derecho español. La justicia penal militar comenzó a cobrar vida propia bajo el mandato del general Francisco de Paula Santander, el "Hombre de las Leyes", primero como vicepresidente de Colombia en ausencia del Libertador-Presidente, luego en su segunda administración (1833-1837) y por último cuando recibió del secretario de Guerra, general Pedro Alcántara Herrán, el encargo de redactar un Código Militar que, por su muerte en 1841, quedó inconcluso.

La primera aplicación conocida de la justicia militar fue durante la Primera República, y se hizo conforme al derecho español. Cuando Antonio Nariño, investido del mando del Ejército Unido de la Nueva Granada, adelantaba la campaña del Sur, tres militares europeos incurrieron en conductas que le hicieron pensar en una insubordinación con perfiles de conjura en su contra. De inmediato ordenó abrir un proceso, los separó del Ejército y los remitió a Santafé para que fueran juzgados conforme a la normatividad española.

Restablecida la República después del triunfo en Boyacá, tanto la justicia como el fuero militar, con algunas reformas, se reconocieron en las Constituciones que siguieron: 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, 1881 y 1886. En 1832, por ejemplo, se consagró el delito de *Traición a la Patria*, que según el fallecido historiador, se definió "en lo político mas no en lo militar"<sup>1</sup>, y que era más una traición al Estado que a la patria<sup>2</sup>, con el obvio propósito de evitar intrusiones militares en la existencia política de la nación; por eso, responsabilizaba de traición a los militares, pero solo si sus acciones se dirigían a usurpar el poder político.

<sup>1</sup> Esto resulta obvio: (i) porque se consagró en la Constitución; (ii) porque las Constituciones son cartas políticas y no leyes penales.

<sup>2</sup> DRAE. "**Patria**. (Del lat. *patría*). 1. f. Tierra natal o adoptiva ordenada como nación, a la que se siente ligado el ser humano por vínculos jurídicos, históricos y afectivos. 2. f. Lugar, ciudad o país en que se ha nacido.

Es digno de mencionar el Código Militar de 1881, que regulaba tanto la Fuerza Pública<sup>3</sup>, las reglas aplicables a las operaciones militares y los casos de insurrección y rebelión<sup>4</sup>, como lo relativo a la "justicia militar"<sup>5</sup>. El Libro V de ese Código organizaba la jurisdicción militar, definía los delitos militares y establecía los procedimientos judiciales. El artículo 1360 estipulaba que "en tiempo de paz no hay fuero militar. Por lo tanto, todos los individuos del Ejército son justiciables ante los jueces y tribunales ordinarios de la Unión por los delitos y culpas comunes en que incurran". No obstante, bajo ciertas circunstancias, el Código permitía que los tribunales militares tuvieran competencia para conocer de delitos comunes, pero el Código era restrictivo y expresamente prescribía que la actuación sin competencia del tribunal militar era "causa de recurso de nulidad"<sup>6</sup> y que el ejercicio por parte de jueces o tribunales castrenses de "funciones propias de la autoridad legislativa o administrativa [...] [era] exceso de poder"<sup>7</sup> (Andreu-Guzmán, 2003, p. 207).

La Constitución de 1886 definió las instituciones militares y determinó dos aspectos fundamentales de la justicia y el fuero militar que perduran hasta hoy. En el artículo 169 estableció que "Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo que determine la ley", —norma que se conserva intacta en la Constitución de 1991—, y en el artículo 170 que "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. (Negrillas fuera del texto)

En cuanto al tema penal, el constituyente de 1991 copió textualmente como artículo 91, el artículo 21 de la Constitución de 1886, que decía: "En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden". Y como en lo disciplinario no hay previsión especial, la Corte Constitucional llenó el vacío, diciendo que la entidad competente para disciplinar a los militares es la Procuraduría General de la Nación, por su condición de servidores públicos.

Nos parece oportuno destacar que en la Carta Política actual, los generales y almirantes de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional, tienen *fuero constitucional*

<sup>3</sup> Libros primero "De la Fuerza Pública" y segundo "Fuerza activa" del Código militar, Ley 35 de 1881.

<sup>4</sup> Libro cuarto "Reglas de derecho de gentes que deben observar los jefes de operaciones militares".

<sup>5</sup> Libro quinto "Justicia militar".

<sup>6</sup> Artículo 1363.

<sup>7</sup> Artículo 1364.

de juzgamiento<sup>8</sup>, pero **carecen de fuero penal militar**, en la medida en que el juzgamiento le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, mediante acusación del Fiscal General de la Nación o de sus delegados ante la Corte Suprema de Justicia, en proceso de única instancia.

La referencia constitucional a "los delitos cometidos [por los militares] en servicio activo y en relación con el mismo servicio", para indicar que son de competencia de la Justicia Penal Militar, no tenía ni tiene –estimamos– ninguna complejidad, porque si el acto carece de relación con el servicio o es cometido por un militar retirado, el comportamiento es de competencia de la justicia ordinaria. Ello, porque un acto cometido por un militar en servicio activo o en relación con el servicio, presupone la existencia de una tarea lícita, típicamente militar, en cuyo desarrollo se produce el resultado lesivo constitutivo de delito, que justifica que deba ser de competencia de la justicia penal militar.

Para nosotros, lo ideal sería que el fuero penal militar y la justicia militar fueran como en el Código Militar de 1881, es decir, que su **existencia debería estar condicionada a la existencia de una guerra**, pues durante la paz carecen de sentido; pero de mantenerse su vigencia, solamente debería aplicar para los delitos típicamente militares.

Queremos aquí recordar que los ejércitos son la "maquinaria de guerra" de los Estados, y que, la guerra es "la continuación de la política por otros medios", para decirlo en palabras del que consideramos el más grande teórico de la guerra, el general prusiano Karl von Clausewitz (1992). Frase que podría parecer provocadora, pero que no tiene el menor matiz de cinismo en el contexto de su tratado *De la Guerra*. Clausewitz, por ejemplo, pensaba que la guerra moderna es un "acto político", elemento que él considera como el primer y único racional, y que interesa especialmente al pueblo; como segundo elemento ve "el odio, la enemistad y la violencia primitiva", que importan al comandante en jefe y a su ejército; y como tercer elemento encuentra que es "un juego de azar y probabilidades", que incumbe solamente al gobierno.

<sup>8</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, **Artículo 235-4**, [Funciones de la Corte Suprema de Justicia] "Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen".

Sin desconocer el derramamiento de sangre y la brutalidad que implica, Clausewitz concibe la guerra como una empresa política de alto vuelo, y por eso sostiene que todos los recursos de una nación deben ponerse al servicio de la guerra cuando se decide su ejecución; y así mismo, que una vez iniciada, no debe detenerse hasta desarmar y rendir al enemigo. Por eso sostiene que la guerra "constituye un acto de fuerza que se lleva a cabo para obligar al adversario a acatar nuestra voluntad"; y concluye diciendo que "si se elige participar en un conflicto, lo mejor es ganar cuanto antes, con el mínimo daño propio y a ser posible, del adversario".

Estas ideas del general Von Clausewitz, hacen que tampoco podamos entender el empecinamiento de los gobiernos de Colombia que precedieron al actual, en dejar de reconocer la existencia del conflicto armado, ya que es la existencia de la guerra la que ha determinado, como en todas las guerras, la comisión de las gravísimas y variadas infracciones al DIDH y al DIH, por los actores armados del conflicto. Pues, la dinámica de la guerra y sobre todo, su duración, terminan propiciando la degradación de los comportamientos de los combatientes, como ha ocurrido en nuestro país, donde todos -militares, paramilitares e insurgentes- terminaron validando el "todo vale", olvidando que la guerra tiene normas, y que esas normas tienen relación con el "derecho de gentes", que es derecho consuetudinario, que los Estados no pueden derogar, y que rige el DIH e indica a los combatientes qué pueden y qué no pueden hacer, y que así mismo les impone respetar a la población civil, entendiendo que los civiles pueden válidamente escoger la opción de no participar en el conflicto armado, por lo cual, el DIH los excluye del conflicto y exige a los combatientes su exclusión, erigiendo en principio rey de este sistema jurídico internacional, el "principio de distinción". Principio que consiste en la obligación de los combatientes de distinguir entre combatientes y no combatientes, y de considerar a estos últimos como "personas protegidas por el DIH".

Pero, como en todas las guerras –así muchos no quieran reconocerlo–, el comportamiento de nuestros militares sufrió la misma degradación que el de sus adversarios, y la dinámica del conflicto determinó la comisión de comportamientos previstos en el Código Penal como delitos, cuya ajenidad con la función que los militares cumplen "al servicio de la nación" es completa y absoluta, siendo en nuestro criterio, mucho más reprochable en ellos, por ser representantes del Estado, que en los irregulares, que de suyo están fuera de la ley.

Advirtiendo que respetamos profundamente a los ciudadanos que forman parte de nuestras FF.MM., que con valentía y compromiso defienden los valores y principios constitucionales, es claro que no podemos admitir que las graves violaciones al DIDH y al DIH, que comprometen no solamente a "personas protegidas", sino también a los combatientes que han depuesto de las armas, o que están heridos o enfermos, o sea fuera de combate, sean juzgadas por tribunales militares, como si

se tratase de "actos del servicio o con ocasión de él", porque evidentemente NO LO SON, y porque ello se opone a la misión encomendada por el artículo 217 de la Constitución Política a las FF.MM., que es "la defensa de la Nación" —no del Estado, ni del país—, teniendo como "finalidad primordial, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional", a voces de la propia Carta Política.

En vista de la decisión de la Corte Constitucional que llenó el vacío relacionado con la acción disciplinaria contra los miembros de la Fuerza Pública, diciendo que "en tanto servidores públicos, los militares debían ser disciplinados por la Procuraduría General de la Nación", el señor general Valencia Tovar sostuvo que esa decisión era un error, pues "los militares no son simples funcionarios del Estado, porque ningún funcionario público está obligado a exponer y sacrificar la vida en ejercicio de su cargo, ni comete actos punibles equivalentes a aquellos en que puede incurrir un militar". El general concluyó que el cabal entendimiento del comportamiento de los militares solo puede darse si quienes los juzgan son también militares, porque quienes no lo son, no los entienden.

En relación con esas afirmaciones, debemos decir que la conclusión de que los militares no son servidores públicos iguales a los demás, porque "están obligados a exponer y sacrificar su vida en el ejercicio de sus cargos", y que los comportamientos penalmente típicos en que pueden incurrir, deben ser juzgados por sus "pares", porque los servidores judiciales ordinarios no los entienden, es una afirmación falaz, pues aunque es cierto que estos servidores públicos arriesgan su vida en actos propios del servicio, esta sobreexposición al peligro no es exclusiva de ellos, en la medida en que otros servidores públicos como los servidores judiciales, sobre todo de algunas especialidades de la justicia (justicia penal, restitución de tierras) también la sufren, y mientras que los militares son personas armadas y capacitadas para atacar y defenderse, los servidores judiciales son personas inermes.

Por otra parte, en ambos ejemplos de servidores públicos —militares y servidores judiciales—, debe decirse que la elección de prestar el servicio público, es voluntaria, y en esa medida, es completamente vinculante la previsión del artículo 6 de la Constitución Política de 1991, que dice: "los servidores públicos son responsables por acción, omisión y extralimitación en sus funciones". Salvo el caso, consideramos—, de quienes prestan servicio militar obligatorio, cuya vinculación a las FF.MM. es forzosa. Pero, aun en este caso, los "conscriptos" pueden decidir objetar en conciencia la obligación de alistarse en las Fuerzas Militares, en razón del destino guerrero de las mismas.

En cuanto a la "incapacidad de entender" las conductas penalmente relevantes que los militares puedan cometer "en o con ocasión del servicio", de que se acusa a los

servidores judiciales ordinarios, debemos decir, que es otra afirmación que de aceptarse, resultaría tan absurda, que permitiría sostener que banqueros, médicos, ingenieros, o cualquier otra clase de ciudadanos con saberes específicos distintos del exigido a los servidores judiciales, tampoco podrían ser encausados por estos debiendo serlo por otros banqueros, médicos, ingenieros, etc., lo que resulta igualmente falaz, porque lo que se juzga no es la conducta de la persona desde su oficio, sino **la conformidad o disconformidad de su conducta con el ordenamiento jurídico penal**, y el conocimiento de este, es específico de los abogados, que es el saber que se exige de fiscales y jueces.

La mejor prueba de que los jueces penales ordinarios pueden comprender la lógica militar y juzgar apropiadamente a los militares, es que muchas democracias serias, como Francia, Alemania, Austria, Holanda o Suecia, prácticamente han abolido la justicia militar, pues solo la han dejado para casos de guerras internacionales. México considera que el fuero militar debe existir solo en caso de guerra. Bélgica, que es activa en operaciones militares extraterritoriales, la ha abolido tanto en tiempos de paz como de guerra (Andreu-Guzmán, 2011). Y los otros países que mantienen el fuero militar, tienden a reservarlo para faltas estrictamente militares, como la desertión. Igualmente, los actuales tribunales penales internacionales, como el de la antigua Yugoslavia, están integrados por jueces no castrenses y han podido juzgar en forma apropiada e imparcial los crímenes de ese conflicto armado.

En relación con la jurisdicción penal militar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considera que,

*ciertos delitos que realmente se relacionan con el servicio militar y con la disciplina militar pueden ser juzgados por tribunales militares con pleno respeto de las garantías judiciales (...). Sin embargo, la Comisión considera que las distintas entidades del Estado han interpretado con excesiva amplitud el concepto de delitos cometidos en relación con el servicio militar. (Párrafo 27)*

## **2. Caracterización del fuero penal militar en la Constitución Política de 1991**

Como en muchos otros aspectos, la Asamblea Nacional Constituyente se limitó a copiar las prescripciones de la Constitución de 1886 en la Constitución de 1991. Ese fue concretamente el caso del artículo 170, copiado como artículo 221, y que decía 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.*

El Acto Legislativo 2 de 1995 modificó ese artículo, para decir cómo debían integrarse las cortes o tribunales castrenses, quedando 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 el año 2012 se promulgó el Acto Legislativo 2 de 2012, que el gobierno presentó como iniciativa suya, durante cuyo trámite el ministro de Defensa del momento, para justificar la iniciativa gubernamental, sostuvo que "era necesario devolver a los militares la seguridad jurídica", pues ellos padecían una grave inseguridad "derivada de la ignorancia y el desconocimiento de jueces y fiscales, de cómo se hacen las operaciones militares y de cómo hacer la imputación en el evento de que hubiera muertos u otros resultados típicos", por lo cual, eran "**numerosísimas las bajas que le ha producido la justicia ordinaria al Ejército Nacional**"<sup>9</sup>, poniendo al poder judicial en el mismo plano de igualdad que a los actores armados del conflicto.

Esta concepción del ministro de Defensa, lamentablemente, no era insular, sino por el contrario, irreflexivamente compartida por algunos sectores de la política nacional, y sobre todo, por muchos militares en retiro –y muy probablemente en servicio activo–, que no se sienten "actores armados del conflicto" sino "defensores de la democracia y de la institucionalidad", como si la "defensa de la patria", los autorizara cometer delitos. Es oportuno aquí, dejar en claro, que no hablamos de **todos los militares** sino solo de aquellos que han cometido delitos por los cuales deben responder a la justicia.

Este Acto Legislativo 2 de 2012 volvió a modificar el artículo 221, 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.*

<sup>9</sup> Ver exposición de motivos de la iniciativa legislativa, presentada por el señor ministro de la Defensa Nacional, Juan Carlos Pinzón.

*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.*

Como el Acto Legislativo 2 de 2012 fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, que lamentablemente solo se pronunció en relación con los defectos de conformación de la norma (procedimentales) y no sobre el fondo, el gobierno nacional insistió en presentar una nueva modificación al mismo artículo 221, lo que se hizo mediante el Acto Legislativo 1 de 2015, agregándole al texto constitucional original, que "cuando se trate de la investigación y el juzgamiento de delitos relacionados con un conflicto armado o un enfrentamiento" y que "objetivamente" correspondan a infracciones al DIH, deberán aplicarse estas normas, exigiendo que fiscales y jueces, civiles o militares, que deban procesar penalmente a militares o policías, conozcan esa normatividad internacional. A esto nos referiremos más adelante.

Los vaivenes aquí resaltados, en nuestro criterio, tienen todo que ver con el conflicto armado que vive nuestro país desde hace más de 50 años, y con los excesos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en ese entorno y al amparo de la condición de superioridad y poderío que les confieren las armas que portan, por sobre los civiles inermes, en busca de que dichos excesos sean sometidos al conocimiento de la justicia penal militar, más laxa y permisiva que la justicia ordinaria, que ha sancionado duramente ese tipos de comportamientos al considerar "actos por fuera del servicio".

El corolario de lo hasta aquí analizado, es la demostración de que el trasfondo de las reformas hechas a la Constitución para ampliar o modular el fuero penal militar, es **político** y por tanto, la delimitación de la competencia del mismo también debe hacerse desde **lo político**, dejando los delitos típicamente militares al conocimiento de la justicia penal militar, y a la justicia ordinaria, las graves violaciones al DIDH y al DIH, pues son conductas propias de las guerras, y estas, definitivamente son políticas.

### 3. El prestigio de la justicia penal militar

La famosa frase del estadista francés Georges Clemenceau, "la justicia militar es a la justicia lo que la música militar es a la música", refleja la gran polémica que siempre han suscitado los tribunales castrenses. Los defensores del fuero militar rechazan las críticas con el fácil argumento de que se trata de "antimilitarismo", pero el problema de fondo es la determinación **de si los tribunales militares son independientes e imparciales**, y si realmente **garantizan o no, el cumplimiento de las obligaciones internacionales** del Estado colombiano en materia de administración de justicia.

Y la realidad nos dice que la respuesta a las inquietudes anteriores debe ser negativa. En efecto, la justicia militar en Colombia es funcionalmente dependiente del poder ejecutivo (Ministerio de Defensa); los fiscales y jueces militares son militares en servicio activo, o en retiro, por lo cual no puede esperarse que la garantía de "tribunal independiente e imparcial" que exige la Convención Americana de Derechos Humanos, (artículo 8-1) se cumpla dentro de la organización castrense, piramidal y sostenida por el principio de "obediencia debida" como corresponde a las organizaciones militares.

Eso corresponde además a los mandatos del derecho internacional, que permiten sostener que la justicia militar no debe juzgar violaciones a los derechos humanos, pues no ofrece garantías suficientes de imparcialidad e independencia para asegurar un debido proceso, no solo a las víctimas sino a los propios procesados. Esto es así

al menos por tres razones: (i) La primera es que los tribunales militares son más un mecanismo de disciplina en los cuarteles que de administración de justicia, y por ello los jueces militares usualmente hacen parte de la estructura de mando. (ii) La segunda es que la justicia militar en Colombia hace parte de la rama ejecutiva, no de la judicial, y quienes toman las decisiones no son jueces de la carrera judicial; adicionalmente, la Fiscalía no cumple su papel acusatorio en el sistema de la justicia penal militar. (iii) Y la tercera es que el juzgamiento de actos extraños a la disciplina castrense por la justicia penal militar se enfrenta al riesgo del fuerte espíritu de cuerpo que es propio de las instituciones castrenses, que puede conducir a la impunidad.

Véase el criterio de la Comisión Interamericana de DD.HH., en torno a este tema:

*Las actuaciones se llevan a cabo dentro de la jerarquía de las fuerzas de seguridad. Los integrantes de los consejos verbales de guerra responden jerárquicamente a sus superiores en casi todos los aspectos de su vida como soldados y oficiales de la policía (...) De manera que es difícil, sino imposible, que estos individuos sean jueces independientes e imparciales, libres de la influencia de sus comandantes o de otros superiores. Como se señaló, sus comandantes también pueden haber ordenado o dirigido la propia operación que se les pide analizar como integrantes de un consejo verbal de guerra. Sus comandantes pueden enfrentar responsabilidades si se comprueba alguna irregularidad. Esta situación puede determinar que los comandantes presionen a los consejos verbales de guerra o directamente impartan órdenes destinadas a absolver a los soldados de toda responsabilidad por los actos que se alega cometieron en violación de los derechos humanos. (1999, párrafo 25)*

A su vez, "en los procesos del sistema de la justicia militar, los integrantes del Ejército juzgan las acciones de sus colegas, lo que dificulta la imparcialidad. Los integrantes del Ejército con frecuencia se sienten obligados a proteger a sus colegas, que combaten juntos en un contexto difícil y peligroso" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párrafo 26).

Por esto, repetimos que sería altamente preocupante que los miembros de las FF.MM. y de la Policía que han cometido graves violaciones al DIDH o al DIH, sean sometidos a la justicia penal militar, porque la experiencia ha demostrado que esta es una de las fuentes de impunidad en Colombia y por ejemplo, comportamientos como las ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas de civiles, juzgados por la justicia penal militar, pocas veces garantizan a las víctimas sus derechos a verdad, justicia, reparación y por supuesto, nunca hay garantía de "no repetición", siendo especialmente crítico, el ejemplo de los denominados "falsos

positivos”<sup>10</sup> tan frecuentes entre los años 2002 y 2010, durante el gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez, a tal punto que obligó al primer mandatario a comprometerse con la ciudadanía a que estos delitos serían de competencia de la justicia ordinaria y no de la penal militar.

#### **4. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la justicia penal militar en Colombia**

Nuestras anteriores afirmaciones tienen amplio respaldo en el Segundo Informe sobre Colombia (1993), rendido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que contiene aseveraciones como las siguientes:

*(...) rara vez la justicia penal militar sanciona a miembros de las fuerzas armadas comprometidos en estas violaciones, y por el contrario, ésta impide el juzgamiento de militares y policías por los jueces ordinarios, incluso en crímenes de lesa humanidad. (CIDH, 1993, p. 93)*

*Al (g)obierno de Colombia la irregularidad no corregida en su sistema de administración de justicia que permite que en materia de responsabilidad estatal por violación de derechos humanos, la verdad jurídica sea la que declara la justicia penal militar y no la justicia penal ordinaria, ya que cuando la jurisdicción ordinaria conoce en un juicio penal que involucra a un militar que ha cometido un delito en acto del servicio, caso que precisamente tipifica una violación a los derechos humanos que compromete la responsabilidad internacional del Estado sobre la materia, se tiene que abstener de seguir conociendo el caso y remitir su investigación para decisión judicial a la justicia penal militar, lo que (...) no solo afecta internamente de manera grave a la administración de justicia, sino al derecho a la justicia contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos y al propio sistema interamericano que demanda de los Estados partes como Colombia, una pronta adecuación de su legislación en materia de debido proceso, a las normas de la Convención Americana. (CIDH, 1993, p. 96)*

Para concluir que:

<sup>10</sup> La prensa denominó “falsos positivos” a las muertes de civiles ocasionadas por miembros de las Fuerzas Militares, presentados a sus superiores como “guerrilleros dados de baja en combate”, cuando en realidad se trataba de personas vulnerables (jóvenes desempleados habitantes de barrios marginales, drogadictos, habitantes de la calle, etc.) que eran retenidos por los militares con engaños, para ser muertos y obtener estímulos como permisos, licencias, reconocimientos, etc., establecidos por las Fuerzas Militares para quienes produjeran “bajas insurgentes”.

*Los tribunales militares no garantizan la vigencia del derecho a la justicia, pues carecen de independencia, requerimiento básico asociado a la vigencia de ese derecho. Además, han demostrado una marcada parcialidad en los fallos que han recaído en causas sometidas a su conocimiento por la frecuencia de falta de sanciones a los miembros de los cuerpos de seguridad que, comprobadamente, se han visto involucrados en gravísimas violaciones de derechos humanos. (CIDH, 1993, p. 237-238)*

Y en su Tercer Informe sobre Colombia en 1999, la Comisión Interamericana señaló:

*(...) el problema de la impunidad se ve agravado por el hecho de que la mayoría de los casos que entrañan violaciones de los derechos humanos por parte de los integrantes de las fuerzas de seguridad del Estado son procesados por el sistema de la justicia penal militar. La Comisión ha condenado reiteradamente a la jurisdicción militar de Colombia y de otros países por no ofrecer un recurso judicial efectivo e imparcial en los casos de violaciones de los derechos consagrados en la Convención, con lo que se garantiza la impunidad y se niega la justicia en tales casos. En Colombia, específicamente, los tribunales militares se niegan sistemáticamente, a sancionar a los integrantes de las fuerzas de seguridad acusados de violaciones a los derechos humanos". (CIDH, 1999, párrafo 17)*

*Y añadió: "los casos de violaciones de los derechos humanos procesados en los tribunales militares son protegidos por la impunidad. (CIDH, 1999, párrafo 18)*

Y más adelante dijo:

*El problema de impunidad en la justicia penal militar no se vincula exclusivamente a la absolución de los acusados sino que la investigación de casos de violaciones a los derechos humanos por la justicia militar en sí conlleva problemas para el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial. La investigación del caso por parte de la justicia militar precluye la posibilidad de una investigación objetiva e independiente ejecutada por autoridades judiciales no ligadas a la jerarquía de mando de las fuerzas de seguridad. Las investigaciones sobre la conducta de miembros de las fuerzas de seguridad manejadas por otros miembros de dichas fuerzas suelen servir para encubrir los hechos en vez de esclarecerlos. De esta manera, una investigación iniciada en la justicia militar puede imposibilitar una condena aún si el caso pasa luego a la justicia ordinaria, dado que generalmente no se habrán recopilado las evidencias necesarias de manera oportuna y efectiva. Asimismo, en los casos que permanecen en el fuero militar, la investigación puede ser conducida*

*de manera que no permite que el caso llegue a la etapa de decisión final. (CIDH, 1999, párrafo 19)*

Para concluir diciendo que:

*[e]l sistema de la justicia penal militar tienen varias características singulares que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial en esta jurisdicción. En primer lugar, el fuero militar no puede ser siquiera considerado como un verdadero sistema judicial. El sistema de justicia militar no forma parte del poder judicial del Estado colombiano". (CIDH, 1999, párrafo 20)*

Además, los jueces del sistema judicial militar en general son miembros del Ejército en servicio activo. En 1995, la Corte Constitucional interpretó la Constitución (CIDH, 1999, párrafo 21) en el sentido de que solo permitía que los oficiales retirados actuaran en estos consejos verbales de guerra. El Tribunal señaló en este contexto que

*la situación de conflicto social que enfrenta el país desde hace varios años coloca a los integrantes de las fuerzas del orden público (...) en una situación que los obliga a participar en distintas acciones represivas para contener a los enemigos del orden institucional y, al mismo tiempo, actuar como jueces de los excesos cometidos en el curso de esas acciones, excesos que constituyen delitos.*

Finalmente, la Comisión recomendó al Estado colombiano:

*Adoptar todas las medidas necesarias y congruentes con las obligaciones jurídicas internacionales para garantizar que la jurisdicción del sistema judicial militar se limite a los delitos verdaderamente relacionados con delitos de función del servicio militar. A este respecto, el Estado debería garantizar que los casos que involucran graves violaciones de los derechos humanos no sean procesados por el sistema de la justicia militar. (CIDH, 1999, recomendación 6)*

## **5. El Acto Legislativo 1 de 2015, el derecho internacional humanitario y el tratamiento de los militares frente a la justicia transicional**

En el segundo aparte de este trabajo vimos cómo el Congreso de la República mediante el Acto Legislativo 2 de 2012 cambió el artículo 221 de la Constitución para ampliar el fuero penal militar, reconociendo una serie de privilegios a los militares, alterando la administración de justicia y la organización del poder judicial y propiciando una indebida injerencia del ejecutivo en la rama judicial. Por eso, en

nuestro criterio, ese Acto Legislativo no solo modificaba la Constitución, sino que la sustituía, razón por la cual, nos contamos entre quienes demandaron ese Acto Legislativo. Enhorabuena, repetimos, fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, aunque no por la sustitución de la Constitución que entrañaba, sino por los vicios de procedimiento que también se cometieron en el trámite de ese Acto Legislativo en el Congreso de la República, cuyo reconocimiento relevó a la Corte de analizar el tema a profundidad.

Ese hecho hizo que el gobierno nacional persistiera en la presentación de un nuevo Acto Legislativo para modificar el fuero penal militar, y así, mediante Acto Legislativo 1 del presente año, se logró el propósito, quedando el artículo 221 de la Constitución con el siguiente texto:

*De las conductas punibles cometidas 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 la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.*

*La Justicia Penal Militar o Policial será independiente del mando de la Fuerza Pública. (Subrayas fuera del texto).*

El mandato del 2º inciso agregado al artículo 221 de la Constitución, en realidad crea mayores problemas que los que pretende solucionar en relación con la situación de los militares que han cometido delitos. Y es que, aunque reconocemos la libertad de configuración que tiene el Congreso actuando como constituyente derivado, y en ese sentido, que bien puede estipular como exigencia a los soldados de Colombia, la de respetar el DIH en todas las situaciones de enfrentamiento que determinen las operaciones militares, no puede perderse de vista que el DIH es un sistema jurídico que **carece de tipos penales**, lo que hace oscura y confusa la remisión a que "la investigación y el juzgamiento de los delitos" cometidos por los militares en los eventos allí señalados, "se rijan por ese sistema".

Debe recordarse que por esa causa, la comunidad internacional decidió llenar el vacío en el enjuiciamiento penal de las personas que cometían graves violaciones al DIDH y al DIH y evitar así la impunidad, creando la Corte Penal Internacional,

pues es el Estatuto de Roma y los instrumentos que lo complementan, lo que compone el derecho penal internacional.

Y es que una interpretación *strictu sensu* de la modificación constitucional posibilitaría decir, entonces, que lo que la Constitución colombiana buscó, es que los militares que han cometido graves violaciones contra el DIDH y el DIH sean investigados y juzgados por la Corte Penal Internacional, que es la competente para conocer, entre otros, de los crímenes de guerra, que son los comportamientos que por defecto recogen los delitos que suelen cometer los actores armados contra la población civil y contra otros actores armados protegidos por el DIH.

Pero esa afirmación nos suena a disparate, sobre todo si pensamos en que el gobierno de Colombia está adelantando un proceso de paz para resolver el conflicto armado que nos aqueja desde hace más de cinco décadas con uno de los actores armados del mismo, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, (FARC-EP). Negociación que es política, porque política es la razón del conflicto, y en cuyo desarrollo acaba de firmarse un acuerdo relacionado con la clase de justicia que deberán conocer quienes hubieran cometido delitos en el contexto y en razón del conflicto, acordando **la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz**, porque los compromisos internacionales adquiridos por Colombia imposibilitan cualquier tipo de "ley de perdón y olvido", –como las que se dieron en el Cono Sur del continente–, acuerdo que en su punto 5º dice:

**COMUNICADO CONJUNTO # 60 SOBRE EL ACUERDO DE CREACIÓN DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ**, firmado en La Habana, Cuba, el 23 de septiembre de 2015.

*(...) 5. La Jurisdicción Especial para la Paz tendrá competencia respecto de todos los que de manera directa o indirecta hayan participado en el conflicto armado interno, incluyendo a las FARC-EP y a los agentes del Estado, por los delitos cometidos en el contexto y en razón del conflicto, en especial respecto de los casos más graves y representativos.*

Lo cual significa que uno de los propósitos principales, es posibilitar que los mismos jueces, singulares o colegiados, puedan asumir la investigación y juzgamiento de estos actos delictivos, típicos del conflicto armado, cometidos por cualquiera que hubiera operado como actor del mismo, sea del lado de la insurgencia o del lado Estado.

Finalmente, consideramos que falta aún otra reforma, que muy seguramente deberá emprenderse para desarrollar este acuerdo, porque no sería justo que se dieran beneficios y subrogados para unos y no para otros, habiendo participado en el mismo conflicto.

## 6. Conclusiones

Hemos hecho el esfuerzo académico de resaltar que el fuero militar y la justicia penal militar nos parecen adecuados, solo en la medida en que se trate de comportamientos delictuales que tienen sentido para la organización militar, como la insubordinación, la desobediencia, los ataques y amenazas contra superiores e inferiores, los delitos contra el servicio, como el abandono del comando, del puesto, del servicio, la desertión, el delito del centinela, la libertad indebida de los prisioneros de guerra, la omisión en el abastecimiento, la cobardía, etc., es decir, que solo tienen sentido en el marco de la actividad propia de las Fuerzas Militares, pero que carecen de sentido si se relacionan con los civiles, como la cobardía, pues para los militares es un delito, lo que para los civiles puede ser un derecho.

De ello, podemos extraer como conclusiones:

1. Que lo ideal es que la justicia penal militar desaparezca como administración de justicia; pero de conservarse, que sea,
  - a) más un mecanismo de disciplina en los cuarteles, que de administración de justicia, que pueda operar incluso *in continente*, para conjurar los problemas objetivos de disciplina y orden que podrían poner en peligro a la tropa, comprometida en una operación militar regular concreta;
  - b) en su defecto, que la justicia penal militar pase a ser parte de la Rama Judicial del poder público, así sus jueces y fiscales sean militares en retiro.
2. La justicia penal militar no puede ser un compendio de privilegios para los militares colombianos, premiando sus excesos, porque, en nuestro criterio, por ser parte del Estado, deben ser medidos con mayor rigor del que puede aplicarse a quienes de suyo, están por fuera de la ley.
3. Que si Colombia vive un conflicto armado "no internacional", como llama el DIH a los que "surgen en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes"<sup>11</sup>, los **combatientes** son "todos los que de manera directa o indirecta hayan participado en el conflicto armado interno, incluyendo a (...) los agentes del Estado, por los delitos cometidos en el contexto y en razón del conflicto (...)", como se señala en el comunicado cuyo aparte se transcribió.
4. Que como el conflicto tiene un claro trasfondo político, tanto por cuenta de la insurgencia, como de quienes representan al Estado, que son los miembros de las FF.MM., cuya finalidad primordial, –dice el artículo 218 de la Constitución Política–, es "la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional", finalidad que, indudablemente, también es política, solo puede pretender lograrse el fin del conflicto, mediante

<sup>11</sup> Artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, entrados en vigor el 21 de octubre de 1950, y en vigor para Colombia desde el 8 de mayo de 1962, en virtud de la Ley 5ª de 1960.

la negociación política –como viene haciéndose–, frente a la evidencia de que, en más de 50 años, ni el Estado venció a la insurgencia, ni esta pudo con el Estado.

5. Que, si en el curso de la negociación política, se hacen compromisos de someter a unas formas de justicia especiales propias del acuerdo de paz, –Justicia Transicional–, a los insurgentes, los agentes del Estado que hubieren cometido las mismas o parecidas conductas delictivas en el contexto y en razón del conflicto, deberán recibir los mismos subrogados y beneficios reconocidos a los insurgentes, pues lo contrario, repugnaría al principio-derecho de igualdad que reconoce nuestra Constitución Política.
6. Que no puede alegarse para desconocer la condición de igualdad, bajo la forma de igualdad de trato de la ley y de las autoridades a todas las personas, que están “equiparándose a los héroes de la patria con los terroristas”, –como suelen decir algunas voces de grupos políticos que le apuestan a soluciones diferentes a la paz negociada–, porque aquí se habla es de “actores del conflicto armado interno, directos o indirectos” que “hubieren **cometido delitos** en el contexto y en razón del conflicto”, partiendo de que la defensa de la patria y del régimen constitucional y legal, no faculta a nadie para cometer delitos, porque la guerra también tiene normas, como claramente lo enseña el DIH.

## Referencias

- Andreu-Guzmán, F. (2011). *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas. Recuperado de [http://www.coljuristas.org/documentos/libros\\_e\\_informes/tribunales\\_militares.pdf](http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/tribunales_militares.pdf)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–. (1993, 14 de oct.). *Segundo informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.84, doc.39 rev, pp. 93, 96.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–. (1999, feb.). *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9, Rev. 1. El sistema de justicia penal militar, párrafos 17, 25, 26; recom. 6.
- Valencia, A. (2002, agosto). Fuero militar y justicia penal militar. *Revista Credencial Historia, Biblioteca Virtual de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República*, (152).
- Von Clausewitz, K. (1992). *De la guerra*. Barcelona: Labor.