



## Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

---

Honorables Magistrados  
**CORTE CONSTITUCIONAL**

M.P. **NILSON PINILLA PINILLA**

**E. S. D.**

1

**REF:** Expedientes **D-9578** y **D-9596** acumulados. Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 2 de 2012 (parcialmente). **ACTORES: URIBE MUÑOZ ALIRIO, GALLON GIRALDO GUSTAVO Y OTROS**

**JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN**, actuando como ciudadano y **Coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; identificado como aparece al pie de mi firma, vecino de Bogotá, dentro del término legal según auto 25-04-13, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 y el Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a las demandas de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

### **I. DE LA NORMA OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL:**

Demandas de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 2 de 2012, por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia (ambas parcialmente).

### **II. ARGUMENTOS DE LAS DEMANDAS Y CONSIDERACIONES**

**Demanda D-9596. Actor: GUSTAVO GALLON Director Comisión Colombiana de Juristas y OTROS.**

Sostienen los actores que el numeral 1 del artículo 1 del acto legislativo 02 de 2012 permite que se establezcan jueces de garantías que actúen de manera paralela a los ya establecidos para el procedimiento penal ordinario. Esta función supone un desconocimiento de la igualdad ante la ley. De acuerdo el principio de igualdad ante la ley, todos los ciudadanos deberíamos ser tratados de la misma manera, a menos de que existiera un fundamento objetivo y justificable que hiciera permisible un tratamiento diferenciado. Este principio de igualdad no se respetaría si algunos particulares fueran juzgados por ciertos jueces y otros particulares por otros jueces.

Esta diferencia de trato no puede aceptarse alegando los especiales conocimientos que debería tener un juez que juzgue a militares, pues el juez de garantías se ocupa de aspectos formales (legalización de la captura, verificación del cumplimiento de los derechos del procesado, entre otros), que requieren el mismo conocimiento tratándose de personas civiles o militares. Por lo tanto, se trata de una distinción arbitraria que rompe la igualdad ante la ley.

Por su parte, la función 2 asignada al Tribunal Penal de Garantías, contenida en el numeral 2 del artículo 1 del acto legislativo 02 de 2012, también desconoce el principio de igualdad, al permitirle a dicho Tribunal controlar la acusación penal de solo unas personas (los militares), y no de otras (todos aquellos que no sean militares). Esta distinción constituye un privilegio injustificable. En este sentido, lo

censurable no es que haya un control de la acusación penal a los militares, sino, precisamente, que opere únicamente con relación a ellos y no con relación a todas las personas que sean investigadas y juzgadas por autoridades colombianas. Por último, la función atribuida al Tribunal Penal de Garantías por el numeral 3 del artículo 1 del acto legislativo 02 de 2012 permite que personas que han hecho parte del estamento militar tomen parte en la decisión de la justicia competente para investigar conductas que puedan constituir violaciones de derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario. Al otorgar tal atribución se desconoce la independencia de la administración de justicia, específicamente lo que se conoce como la condición subjetiva de la independencia, de acuerdo con la cual el Estado debe garantizar que la justicia refleje una percepción de independencia en el momento de tomar sus decisiones. Argumentaremos que el Tribunal Penal de Garantías no cumple con tal apariencia de imparcialidad, razón por la cual no puede ejercer la función atribuida por el numeral 3 del artículo 1 del acto legislativo 02 de 2012.

En caso de que la Corte Constitucional considere que la atribución concedida por el numeral 3 del artículo 1 del acto legislativo 02 de 2012 no se opone al pilar esencial de la independencia de la administración de justicia, solicitaremos, como pretensión subsidiaria, declarar inconstitucional la expresión “cuatro (4) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro”, contenida en el inciso 6 del artículo 1 del acto legislativo 02 de 2012. En nuestra opinión, al exigir como calidad de los miembros del Tribunal Penal de Garantías que estos hayan sido miembros de la Fuerza Pública se desconoce el deber de garantizar la apariencia de independencia de la administración de justicia. Esta apariencia de independencia se logra estableciendo condiciones objetivas para el acceso a la administración de justicia (por ejemplo, que la persona aspirante al cargo de juez tenga amplios conocimientos en derecho o en alguna rama específica del derecho), mas no aludiendo a criterios subjetivos del aspirante al cargo (tal como lo hace el acto legislativo, exigiendo que algunos miembros del Tribunal sean miembros en retiro de la Fuerza Pública). Conviene hacer una aclaración sobre el alcance de las pretensiones principal y subsidiaria. Como pretensión principal solicitamos que se declare la inconstitucionalidad de las funciones 1, 2 y 3 atribuidas al Tribunal de Garantías Penales. Como estas son las tres funciones atribuidas expresamente a este Tribunal por el acto legislativo, creemos que, por unidad de materia, su inconstitucionalidad debería traer como consecuencia la inconstitucionalidad del resto de disposiciones del artículo 1 del acto legislativo 02 de 2012. En cambio, como pretensión subsidiaria, solicitamos la inconstitucionalidad de las funciones 1 y 2 del mencionado artículo, al igual que la de la expresión “cuatro (4) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro”, contenida en el inciso 6 del artículo 1 del acto legislativo 02 de 2012. De proceder esta pretensión subsidiaria, la función 3 del Tribunal de Garantías Penales seguiría existiendo, por lo que este órgano no quedaría vaciado en sus competencias, razón por la cual no habría lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad del resto de disposiciones del artículo 1 del acto legislativo demandado.

Con relación al artículo 3 del acto legislativo 02 de 2012 identificamos también varias disposiciones que deberían ser declaradas inconstitucionales. Entre ellas se encuentra el inciso 2 del artículo 3 del acto legislativo demandado. En la primera parte del este inciso se especifican siete conductas excluidas de la competencia de la justicia militar, y en la segunda se aclara que las infracciones al DIH, salvo las conductas antes mencionadas, son de conocimiento de la justicia militar. Ambas partes del mencionado acto legislativo deben ser declaradas inconstitucionales, por las siguientes razones.

Por un lado, la lista de siete conductas que se excluyen de la competencia de la justicia militar deja por fuera otras que también son violaciones de derechos

humanos y que deberían, por lo tanto, ser excluidas del conocimiento de la justicia militar. Al no hacerlo, es posible que la justicia militar reclame competencia para su conocimiento, desconociendo el deber de investigar y juzgar ante organismos independientes e imparciales las conductas que constituyan de derechos humanos. Igualmente, constituye un desconocimiento del derecho de las víctimas de acceso a la justicia.

La segunda parte del inciso 2 del artículo 3, al sostener que ciertas infracciones al DIH serán de competencia de la justicia militar, niega el derecho de las víctimas de estas conductas a acceder a la justicia, derecho que ha sido entendido como la posibilidad de acceder a un tribunal de carácter civil, no militar, y que, como argumentaremos, constituye un pilar esencial de la Constitución Política de Colombia.

Respecto del inciso 3 del artículo 3 del acto legislativo demandado, que sostiene que debe aplicarse el DIH en todos los casos en los que autoridades independientes e imparciales investiguen y juzguen la conducta de miembros de la Fuerza Pública en relación con el conflicto armado, afirmamos que existe un desconocimiento del principio de separación de poderes. En efecto, esta disposición constituye una intromisión en el rol de los jueces de administrar justicia: ellos son los que, sobre la base de los elementos probatorios del caso, deciden cuál es el derecho aplicable, y no el legislador, ni siquiera tomando la forma de constituyente derivado. Por tal razón, solicitamos la declaración de inconstitucionalidad de la primera parte del inciso 3 del artículo 3 del acto legislativo demandado. Esta intromisión del constituyente derivado en la función de administración de justicia no se limita a recordarles el deber que tienen los jueces de aplicar la ley (específicamente, el derecho internacional humanitario), sino que los insta a cambiar el alcance normativo del derecho internacional humanitario, al obligarlos a aplicarlo aun cuando no se cumplan los supuestos objetivos que permitan hacerlo (esto es, aun cuando no estén juzgando una conducta cometida en el marco del conflicto armado interno).<sup>10</sup>

Por su parte, la segunda parte del inciso 3 del artículo 3 del acto legislativo demandado tiene una relación directa con la primera parte del inciso mencionado, por lo que debería correr su misma suerte y también ser declarado inconstitucional. Más adelante, el inciso 4 del artículo 3 del acto legislativo 02 de 2012 crea una comisión técnica especializada con el propósito de despejar las “dudas” que puedan presentarse respecto de la competencia para investigar un hecho punible ocurrido en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública. Esta comisión técnica especializada, entonces, asigna preliminarmente competencia para la investigación de hechos punibles cuando no haya claridad al respecto. Esta función de asignación de competencia debe ser ejercida por un tribunal civil, para que de manera imparcial e independiente se decida a quién corresponde adelantar esa etapa decisiva del proceso penal, y no un órgano mixto, como la mencionada comisión, compuesta por miembros de la justicia penal militar y de la justicia ordinaria. Al establecer esta comisión mixta, se desconoce el deber de investigar y juzgar por autoridades independientes e imparciales las eventuales violaciones de DDHH y las infracciones al DIH, del cual hace parte el deber de resolver cuándo un caso puede ser de conocimiento de la justicia militar. Esta, por su carácter excepcional, no puede decidir ella misma sobre los casos de los cuales conoce, sino que esta tarea debe ser ejercida por una autoridad civil.

Finalmente, la última disposición que demandaremos en la presente ocasión<sup>3</sup> es el artículo 4 del acto legislativo 02 de 2012. En nuestra opinión, esta disposición tiene una conexión estrecha con el inciso 2 del artículo 3 de esa misma norma. Dicho artículo 4 establece un procedimiento para el tránsito de los procesos de la jurisdicción ordinaria a la militar, en casos respecto de los cuales se haya modificado

el juez competente. La norma que modificó tal competencia es el inciso 2 del artículo 3 del acto legislativo demandado, y de allí que la vinculación entre ambas normas sea estrecha: si no existiera el inciso 2 del artículo 3 perdería cualquier sentido el artículo 4. Por esto, argumentaremos que, por unidad de manera, la inconstitucionalidad del inciso 2 del artículo 3 deberá conllevar la inconstitucionalidad del artículo 4.

3

Conviene aclarar que al dirigir la demanda de inconstitucionalidad solo contra determinados apartes del acto legislativo 02 de 2012 no estamos asumiendo que los demás aspectos de tal reforma constitucional que no hemos incluido en la presente acción son constitucionales. La razón que motiva nuestra decisión de dirigir la demanda de inconstitucionalidad solo contra determinadas disposiciones se basa en la urgencia de obtener un pronunciamiento judicial respecto de los aspectos que, en nuestra opinión, son más preocupantes del acto legislativo 02 de 2012, urgencia que quedaría pospuesta por el tiempo adicional que nos tomaría elaborar una demanda de inconstitucionalidad contra los demás aspectos de la reforma constitucional.<sup>11</sup>

Nótese entonces que, aunque el acto legislativo estudiado reforma pocos artículos de la Constitución Política, su impacto en la estructura constitucional es profundo y se extiende a diferentes pilares esenciales de la Constitución, como se explicará en detalle más adelante. Por esto, para proteger la integridad de la Constitución Política y para evitar que el constituyente derivado se arrogue facultades que no tiene (cambiar los elementos esenciales de la Constitución), le solicitaremos a la H. Corte Constitucional que declare inconstitucionales los apartes normativos que sustituyen la Constitución Política, los cuales, para mayor claridad, fueron subrayados en el apartado anterior.

**Demanda D-9578. Actor: ALIRIO URIBE MUÑOZ, Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo y OTROS.**

### **III. CONSIDERACIONES ADICIONALES OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA UNIVERSIDAD LIBRE BOGOTÁ.**

#### **I. EL FUERO PENAL MILITAR**

##### **a. Concepto.**

Alfonso Reyes Echandía definió la figura del fuero que cobija a diversos servidores públicos como una “garantía de que gozan determinadas personas por razón del cargo que ocupan o de la actividad que ejercen y de conformidad con la cual solo pueden ser juzgadas por jueces especiales”. Es una “prerrogativa instituida por razón de la calidad funcional del procesado, no con el ánimo de crear una garantía personal, sino con la finalidad de reconocer la importancia de la función...”<sup>1</sup>.

##### **b. Evolución**

El fuero militar tiene una larga historia que se remonta al imperio romano y a la necesidad de garantizar la disciplina y el orden en el seno de los ejércitos. Se consideraba que ésta se favorecía si sus integrantes eran juzgados por instancias creadas para tal fin al interior

---

<sup>1</sup> Alfonso Reyes Echandía. Derecho Penal. Editorial Temis. 1998. Pág. 83.

de la estructura militar. Así, en comienzo se trató más de un mecanismo de control efectivo sobre las tropas que de un mecanismo de administración de justicia.

Empero, evoluciono hasta constituir la base de una verdadera jurisdicción penal militar, actualmente cuestionada y desmontada en varios países de América Latina. En Colombia el artículo 170 de la Constitución de 1886 consagró el fuero para los miembros activos de las Fuerzas Militares, de la siguiente forma:

“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”.

Solo hasta 1954, mediante el decreto 1426, se estableció que “de los delitos que cometieran los miembros de las Fuerzas de Policía... conocerá la justicia penal militar”<sup>2</sup>, otorgándoseles un fuero de rango legal, no constitucional.

Luis Carlos Sáchica definió ese fuero como “el derecho del militar en servicio a ser juzgado por sus propias leyes, por el estatuto del cuerpo a que pertenece, y por jueces también propios. Esto es, por una jurisdicción especial”<sup>3</sup>.

Para la Corte Suprema de Justicia el fuero militar, en Sentencia de la Sala de Casación Penal de 1960, la Constitución “reconoció un fuero especial a los militares, pero limitado, exclusivamente a cuestiones penales, siempre que se trate de delitos cometidos en actividad de tal índole y en relación con el mismo servicio”. “En cuanto al procedimiento y demás garantías que hicieron efectivo dicho fuero, el constituyente lo refirió al estatuto que, consecuentemente, es el indicado para consagrarlos: un código penal militar”<sup>4</sup>.

La Corte identificó como “finalidad excepcional de la norma superior” que los militares que cometan delitos en servicio activo y en relación con el mismo servicio, “sean juzgados por sus propios compañeros de profesión”<sup>5</sup>.

Seis años después la misma Sala con ponencia de Antonio Moreno Mósquera determinó el fuero y límites del “fuero penal castrense”. Indicó que el fuero es “inviolable, pues sería contrario a la Constitución el que conocieran los tribunales ordinarios de los delitos de los militares. Pero es limitado, no sólo en cuanto se refiere al juzgamiento por delitos y excluye del fuero las causas civiles, sino también en cuanto no se extiende a los particulares”<sup>6</sup>.

La corporación estableció que la jurisdicción ordinaria es la “única competente para conocer de todos los juicios criminales,... excepto que exista disposición expresa en contrario” evento en el que ubica el fuero especial castrense. Reconoce que el fuero castrense es “una norma de competencia especial y excepcional, que contraría el principio de la prioridad de la justicia ordinaria”<sup>7</sup>.

La Corte bajo la Constitución de 1886 subrayó tres aspectos que se mantienen actualmente: a) El fuero solo ampara a militares y policías en servicio activo. b) únicamente por delitos cometidos en relación con el ejercicio del servicio militar o policial. c) Y prevalencia de la justicia ordinaria en caso de duda sobre la competencia. Al respecto dijo:

“En caso de verdadera duda es competente siempre la justicia ordinaria, porque ésta, por su natural preferencia, debe conocer de todos los delitos y juzgar a todas las personas que no estén sustraídas a su competencia, pues para que pueda atribuirse a una jurisdicción

<sup>2</sup> Ospina Cardona, Juan. Bolívar, Marco Aurelio. Fundamentos de Derecho Penal Militar. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D. C., 2004. Pág. 30.

<sup>3</sup> Sáchica, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá D. C., 1972. Pág. 266.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Luis Eduardo Mejía Jiménez. En: Gaceta Judicial. Tomo XCII. Mayo – Junio de 1960. Números 2225 – 2226. Pág. 1025.

<sup>5</sup> Ibidem. Pág. 1025.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Antonio Moreno Mosquera. En: Derecho Colombiano. Tomo XI. Bogotá D. D., agosto de 1966. No. 56. Ed. Ministerio de Gobierno. Pág. 406.

<sup>7</sup> Ibidem. Pág. 407.

especial el conocimiento de un proceso, es preciso que ese caso de excepción le esté reservado por declaración expresa de la Constitución o de la ley,..."<sup>8</sup>.

La Constitución de 1991 mantiene varias de estas características, pero elimina la posibilidad en cualquier caso de que los civiles puedan ser investigados y juzgados por la justicia penal militar, aún en tiempo de guerra. El texto actual relativo al fuero militar es el siguiente:

ARTÍCULO 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".

### **c. El fuero militar en la jurisprudencia colombiana**

Ha sido el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el que ha determinado los alcances y límites de esta figura. La Sentencia C-358 de 1997 establece los criterios de aplicación del fuero penal militar:

Su aplicación requiere la obligatoria concurrencia de un criterio subjetivo y otro objetivo. El primero hace relación a que la conducta que sea materia de investigación sea cometida por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, mientras el objetivo a que la conducta se encuentre relacionada con el servicio, es decir que tenga una relación directa con la misión constitucional encomendada a la fuerza pública.

Con base en lo anterior las reglas que señala la sentencia C – 358 de 1997 en materia de alcance y límites del fuero penal militar son las siguientes:

1. "El ser miembro de la fuerza pública en servicio activo no lo exime del derecho penal común".
2. "Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo".
3. "El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincinencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad pública, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias".
4. "En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial".
5. "... en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfananamente la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general".
6. "Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el

---

<sup>8</sup> Ibidem. Pág. 408.

marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública”.

7. (...) 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”.
8. “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”.
9. “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.
10. “La relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse”.
11. “En las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”.
12. “No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar”.
13. “La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial”.
14. “Lo que la Corte señala es que 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”.

La sentencia C – 878 de 2000 es hito porque señala que el listado de delitos que aparece en el Código Penal Militar y que están excluidos del conocimiento de la JPM no es taxativo sino meramente enunciativo. Lo anterior teniendo en cuenta que no solo los delitos enunciados rompen el nexo con el servicio sino que hay muchos otros que son extraños a la función militar y policial y que por tanto deben de ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

1. “(...) la jurisdicción penal militar sólo tendrá competencia para conocer de los delitos comunes que llegue a cometer el miembro de la fuerza pública, cuando estos delitos tengan relación directa con el marco de las actividades asignadas a la fuerza pública

por la Constitución. Si la mencionada relación no existe, la competencia para conocer de la comisión de un delito de esta naturaleza será privativamente de la jurisdicción ordinaria”

2. “Teniendo en cuenta que el factor funcional es el que en últimas determina la competencia de la jurisdicción penal militar, ha de entenderse que existen delitos no enunciados en el artículo 3 de la ley 522 de 1999 que, por su misma naturaleza, no pueden ser considerados “relacionados con el servicio” y como tales, en ningún caso podrán ser de conocimiento de la justicia castrense. En todos estos casos, corresponderá a la justicia ordinaria aprehender la investigación y juzgamiento de esta clase de conductas”.

La sentencia SU.1184/01 completa la revisión constitucional.

1. En caso de que se suscite un conflicto de competencias entre la jurisdicción, el competente para dirimirlo –Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura-, está en la obligación de considerar, de manera exhaustiva las pruebas existentes en el proceso para que, si no existe asomo de duda – exclusivamente en este caso-, se asigne el proceso a la justicia penal militar.
2. ¿Cuándo una omisión de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? La respuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública. Esto significa que no pueden quedar amparadas por el fuero penal militar, las siguientes omisiones:
  - i) “Las que se producen en el contexto de una operación que ab initio buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta (surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho)
  - ii) Las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad (no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en un combate)
  - iii) Cuando no se impiden las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (un miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado)”

#### **d. El fuero militar en el sistema interamericano de derechos humanos**

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, al igual que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico colombiano, a través del bloque de constitucionalidad, han delimitado también el fuero militar.

En el caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, “la Corte advierte que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. En este sentido se definía en la propia legislación peruana (artículo 282 de la Constitución Política de 1979)...

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, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Párrafo 128. Consultada en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)

El Sistema Interamericano ha sido reiterativo en que la competencia y jurisdicción penal militar debe estar limitada a delitos que tengan el carácter de militar y en ningún caso violaciones a los derechos humanos.

## II. INSEGURIDAD JURÍDICA: EL PROBLEMA A RESOLVER

La exposición de motivos del proyecto de acto legislativo indica que con la iniciativa se propone “responder de manera integral al problema de la ausencia de garantías y reglas claras para los miembros de la Fuerza Pública”<sup>10</sup>.

9

Para el gobierno “la inseguridad jurídica es una fuente de inquietud para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Es necesario en consecuencia tener un marco jurídico claro que les permita actuar de manera efectiva y sin vacilaciones frente a las amenazas que atentan contra el orden constitucional y contra los ciudadanos”<sup>11</sup>. De este modo, se justifica reformar la Carta Política con el fin de dotar a la fuerza pública de un marco normativo que les garantice certidumbre sobre las reglas que los rigen en su función.

### a. ¿Quién conoce de las operaciones militares y de los procedimientos de policía?

La inquietud ante la aplicación del fuero penal militar responde en gran parte al incremento de investigaciones en la jurisdicción ordinaria especialmente por hechos que en un momento dado fueron reportados como “bajas en combate”, en el marco de operaciones legítimas. Esto tiene que ver con las diligencias judiciales que adelante la Fiscalía General de la Nación por casos que la opinión pública conoció periodísticamente como “falsos positivos”, aun cuando en su mayoría no han sido resueltos.

Preocupa a los miembros de la fuerza pública, particularmente a las tropas de superficie, Ejército e Infantería de Marina, que muertes legítimas producidas en combate con los grupos armados organizados al margen de la ley sean objeto de investigación, juzgamiento y condena por parte de la justicia ordinaria desconociendo el fuero militar.

Puede decirse que la preocupación y sensación de inseguridad jurídica es fundamentalmente del personal militar y no del policial. La Policía Nacional por su misión tiene una naturaleza diferente y los casos que reporta son de distinta naturaleza, lo que hace que en pocas ocasiones se genere un debate en la definición de competencias.

La preocupación consiste en que respecto a aquellas conductas que requieren llevar a cabo actos urgentes, de los que trata el art. 205 del Código de Procedimiento Penal, las investigaciones son iniciadas y en gran parte tramitadas por la justicia ordinaria.

Se adjudica esto a la suscripción de un documento conjunto entre la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional, en junio de 2006, que significó, para algunas voces, la terminación del fuero penal militar y la causa del aumento de casos conocidos por la justicia ordinaria. Esta interpretación no es correcta porque el mandato de que los actos urgentes sean realizados por la policía judicial y su dependencia de la Fiscalía es de origen legal y constitucional y no de un documento que es una norma de derecho blando o “soft law” que no crea ni extingue obligaciones sino que reitera mandatos legales y constitucionales.

Las investigaciones que requieren actos urgentes como aquellas suscitadas como consecuencia de “bajas en combate” inician en la justicia ordinaria porque la Justicia Penal Militar no tiene cuerpo de policía judicial propio. Esto significa que la policía judicial como única autoridad competente para hacer levantamientos de cadáver e inspección al lugar de los hechos debe concurrir a los teatros de operaciones para realizar las diligencias correspondientes y, por mandato del artículo 250 constitucional, que señala que es el Fiscal General de la Nación es el encargado de dirigir las funciones de policía judicial, debe entregar

<sup>10</sup> Proyecto de Acto Legislativo No. 16 de 2012 del Senado de la República y 192 de 2012 de Cámara de Representantes. [www.secretariassenado.gov.co](http://www.secretariassenado.gov.co)

<sup>11</sup> Ibidem

las diligencias a un Fiscal URI quien además por su carga laboral alta se demora en definir competencia.

La norma constitucional impide que la Policía Judicial pueda entregar el resultado de sus diligencias a los funcionarios de la Justicia Penal Militar. Su deber es darle curso a través de la Fiscalía, con lo cual quien conoce inicialmente del caso es la justicia ordinaria.

#### **b. La regla de competencia: nitidez o duda.**

Debido a esto la justicia ordinaria actualmente es a la que le corresponde evaluar si la muerte en combate es de competencia de la justicia penal militar o debe continuarse la investigación en la jurisdicción ordinaria. La regla a aplicar es que sólo conocerá la justicia penal militar en caso que los factores funcional y subjetivo se verifiquen con nitidez, mientras en caso de duda deberá continuar la actuación procesal en sede de ordinaria.

La valoración inicial corresponde a funcionarios judiciales, de quienes se duda sobre sus conocimientos técnicos en materia de operaciones militares y procedimientos de policía, con experiencia en asuntos militares, tácticos y operacionales. La razón del fuero militar es precisamente que quienes cumplen una función especialísima, como es la que involucra el uso de la fuerza letal contra individuos y grupos en el marco del Estado de derecho, sean juzgados por funcionarios que tengan la pericia necesaria para hacerlo con rigor.

Al ser avocadas las investigaciones por fiscales que no tuvieran suficiente capacidad técnica para analizar lo ocurrido en una escena operacional, la duda es la regla y no la excepción, por lo cual, en la práctica, todas las actuaciones de la fuerza pública que incluyan una muerte en combate potencialmente pueden terminar juzgadas por la justicia ordinaria, negando la participación a la justicia penal militar. Por esa razón, se ha afirmado que existe un debilitamiento del fuero militar.

Esto se hace más complejo debido a que infracciones al derecho internacional humanitario como las ocurridas con los homicidios agravados y homicidios en persona protegida han abierto un nuevo frente para la guerra irregular, denunciarlas como “falsos positivos”.

Si bien esas denuncias per se no constituyen prueba del rompimiento del nexo con el servicio, el cual solo se podría dar bajo supuestos verificados por la prueba técnico científica, en muchos casos y por la falta de formación de jueces y fiscales, tanto de la justicia ordinaria como de la justicia penal militar, hace que los casos sean adelantados por la justicia ordinaria aplicando posiblemente un marco jurídico equivocado.

#### **c. La pericia de la justicia ordinaria.**

La complejidad de las situaciones que se presentan en el marco del conflicto armado no internacional significan un desafío para la justicia ordinaria, pues exigen un dominio no solamente del derecho penal, del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, sino también de aspectos propio de la doctrina militar y del derecho operacional.

Se presenta dificultades cuando funcionarios de justicia ordinaria que no conocen la doctrina militar y el planeamiento de las operaciones evalúan las circunstancias bajo el marco de los Derechos Humanos cuando el derecho aplicable es el Derecho Internacional Humanitario. Y en casos donde debe evaluarse conforme al marco de los Derechos Humanos se hace en el del DIH. Esto no solo debilita las garantías del proceso penal para los procesados sino también para las víctimas.

#### **d. Defensa técnica**

Por otro lado, no menos importante y asociado a la falta de garantías que aducen los miembros de la fuerza pública está la carencia de una defensa técnica idónea y gratuita. La apertura de investigaciones judiciales por todo resultado operacional que incluya muertes o heridos en combate implica para los militares y policías en muchos casos contratar

abogados defensores acudiendo a su propio patrimonio. Esto sumado a la incertidumbre jurídica afecta la voluntad de lucha de las tropas.

### III. EL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

La exposición de motivos señala que la pretendida reforma constitucional busca “promover una solución integral a esa ausencia de claridad normativa que los miembros de la Fuerza Pública consideran que existe frente a sus actuaciones, y procurar que se dirima con certeza el debate que en torno a la investigación y juzgamiento de las mismas se suscita”.

El proyecto adiciona varios incisos, numerales y literales a tres artículos de la Constitución: el 221, sobre Justicia Penal Militar, el 152, sobre leyes estatutarias, y el 116 sobre las autoridades que administran justicia.

El texto aprobado en sexto debate busca ser una reforma integral que trascienda ajustes al artículo 221 de la Constitución sobre el fuero militar para lo cual integra los siguientes aspectos:

#### 1. Tribunal de Garantías Penales:

Es una novedad que incorpora la reforma. Tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal. Esta instancia cumpliría las siguientes funciones:

- Ser juez de control de garantías, de manera preferente, en cualquier investigación o proceso penal contra miembros de la fuerza pública.
- Garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral ejerciendo control sobre la acusación penal.
- Las demás funciones que le asigne la ley.

El Tribunal de Garantías estará integrado por seis (6) Magistrados, tres (3) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro y abogados.

Elegidos por las Salas de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pleno.

Los miembros de la Fuerza Pública en retiro de este Tribunal, serán elegidos de tres (3) ternas que enviará el Presidente de la República.

Una ley estatutaria reglamentará 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.

La iniciativa permite hacer las siguientes observaciones:

- Es conveniente crear un tribunal que cumpla las funciones señaladas no sólo para casos que involucren a miembros de la fuerza pública, sino en general para todos los procesos penales. Si puede existir alguna objeción, no es a su utilidad, sino a que se restrinja la figura exclusivamente a los miembros de las fuerzas militares y de policía.
- A pesar de lo anterior, vale advertir que la creación de un tribunal que actúe como juez de control de garantías preferente implica un aparato burocrático grande que en todo caso no estará en capacidad de atender la totalidad de los casos que actualmente se adelantan. No parece desde este punto de vista un mecanismo eficiente a menos que lo que se pretenda es crear tribunales seccionales, lo cual implica aún más recursos, pero tampoco resuelve el problema. Según el Ministerio de Defensa a agosto de 2011 eran 3963 los

miembros de la fuerza pública vinculados a investigaciones en casos de homicidio.

- La participación de ciudadanos que han sido militares retirados asegura que aspectos relacionados con la doctrina de las fuerzas armadas se aplique con rigurosidad en las decisiones, al tiempo que la composición de la mitad del tribunal con civiles, que no han hecho carrera militar, garantiza la independencia de esa instancia respecto al aparato militar.
- Es importante ajustar la redacción para que quede claro que es un tribunal conformado por civiles y no por civiles y militares. Esto es importante en razón a la independencia e imparcialidad que la jurisprudencia internacional exige respecto a instancias de investigación y juzgamiento.
- Sobre este punto también se debe llamar la atención en que la conformación de ternas para la selección de los ciudadanos que han sido militares y se encuentran en retiro, al radicarse en cabeza del Presidente de la República que es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, puede generar controversia en cuanto a la independencia e imparcialidad de los mismos.
- Seguramente será objeto de la ley estatutaria correspondiente, pero la expresión “preferente” no es suficientemente clara en su alcance. Plantea varios interrogantes: ¿Significa que otras instancias diferentes pueden realizar las funciones adscritas al Tribunal? ¿Qué los jueces de garantías actuales mantendrán su función frente a los procesos, pero deberán ceder su competencia cuando la asuma el Tribunal?

## 2. Reglas de competencia

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.

Se establece en el proyecto aprobado en sexto debate que “en ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio y desaparición forzada”.

En este sentido, el proyecto no se ajusta a los instrumentos internacionales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de marzo de 2001 en el Caso Barrios Altos, señaló como “violaciones graves a los derechos humanos la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>12</sup>, las cuales no pueden ser objeto de investigación por parte de la Justicia Penal Militar, sino siempre por la ordinaria.

Debe advertirse que la Corte Constitucional ha señalado que estas violaciones no son una lista cerrada, es decir, que pueden incluir en un momento dado otras conductas. Si bien lo que se pretende es cerrar esa posibilidad, acudiendo a la prevalencia de los derechos fundamentales y a los principios de la Carta Política, así como al bloque de constitucionalidad es posible que la Corte pueda en el futuro ampliar la lista que se pretende consagrar en la Constitución.

La norma tiene un doble fin. Al tiempo que reconoce los límites de la jurisdicción castrense procura establecer también un límite a la justicia ordinaria. Sobre este segundo punto, a

---

<sup>12</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo. Caso Barrios Altos. 14 de marzo de 2001. Párrafo 41. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf)

pesar de la lista taxativa, la misma constitución permite que otras conductas puedan en el futuro ser de competencia de la justicia ordinaria y prohibidas para la penal militar.

La consecuencia del acto legislativo será que todas las violaciones de derechos humanos serán de conocimiento de la justicia penal militar, incluidas aquellas investigaciones que hoy se adelantan en la justicia ordinaria. El artículo 4 del proyecto lo ratifica:

**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.

Esto significa que todas violaciones a los derechos humanos que no constituyan crímenes de lesa humanidad, es decir que sean sistemáticas y generalizadas, o que no sean genocidio o desaparición forzada, son de competencia de justicia penal militar, por lo tanto, a partir de la promulgación de la reforma dicha jurisdicción es competente para esos casos y deberá recibir de la justicia ordinaria las investigaciones que actualmente adelanta.

La omisión en la lista de conductas que no pueden ser de conocimiento de la Justicia Penal Militar del “Homicidio en Persona Protegida”, al ser una infracción al DIH, dejaría la competencia en la Justicia Penal Militar, tipo penal en el que se enmarcan los llamados “falsos positivos”.

Se llama la atención que la asignación de competencia a justicia penal militar para conocer de violaciones de derechos humanos y de los homicidios en persona protegida crea el riesgo de intervención de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y a que las sentencias producidas por dicha jurisdicción sean desconocidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### 3. Marco jurídico de investigación y juzgamiento

Por otro lado, el proyecto señala que las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales, salvo los crímenes de lesa humanidad, genocidio y, desaparición forzada. En principio, debe advertirse, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que aquellas infracciones al DIH que adquieren una gravedad inusitada<sup>13</sup> son de competencia de la justicia ordinaria.

Con base en lo anterior el proyecto de reforma restringe severamente el ámbito de competencia de la justicia ordinaria al reducirla a crímenes de lesa humanidad, genocidio y desaparición forzada, con lo cual las demás violaciones a los derechos humanos, comprendidas aquellas que revistan gravedad inusitada corresponderán a justicia penal militar, entre ellas, vuelve y se insiste, los homicidios en persona protegida.

Ahora bien, Colombia se encuentra en medio de una situación que las propias cortes han reconocido como de conflicto armado no internacional donde se requiere que el juez natural de estos casos para los militares tenga conocimiento especializado en DIH y doctrina militar, lo cual justifica que excepto aquellas infracciones de gravedad inusitada puedan ser de competencia de la jurisdicción penal militar.

La cuestión es que son precisamente situaciones como las que se exceptúan son las que generan incertidumbre en los integrantes de la fuerza pública respecto a su investigación y juzgamiento. Los homicidios en persona protegida, por ejemplo, es una grave infracción comprendida en la categoría de ejecución extrajudicial, con lo cual, definir que todas las infracciones al DIH son de conocimiento de la Justicia Penal Militar, pero dejando al margen las conductas más graves que presuntamente perpetren militares activos resulta ser un mensaje político importante, pero sin grandes efectos en cuanto a las inquietudes planteadas.

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-358 de 1997 y C – 878 de 2000.

La cuestión no es si tales crímenes de mayor relevancia deben ser juzgados por la justicia penal militar. Ese tema está vedado a esa jurisdicción en el Sistema Interamericano y en la jurisdicción interna. La cuestión que se debe garantizar es que los funcionarios de la justicia ordinaria tengan la preparación técnica en temas militares para adelantar un proceso justo a los militares y policías investigados.

La segunda cuestión es la necesidad de establecer un mecanismo que le permita a la justicia penal militar intervenir desde el inicio de las diligencias para determinar si efectivamente se trata, por ejemplo, de un homicidio en persona protegida o de una muerte legítima en combate. Ese es realmente el punto que debe atenderse, más que fijar reglas a nivel constitucional que desconoce la jurisprudencia internacional.

Por otro lado, el proyecto de acto legislativo consagra 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. Una ley especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario”.

Es una disposición importante, pero debería circunscribirse no a conductas relacionadas con “un conflicto armado” sino con operaciones militares y procedimientos de policía que se realicen en el marco del derecho internacional humanitario. Vale que recordar que hay operaciones y procedimiento de la fuerza pública que se hacen en el marco de las normas de derechos humanos y que existen conductas que pueden estar relacionadas con el conflicto armado, pero que no tienen nada que ver con el derecho internacional humanitario, tales como el narcotráfico y el tráfico de armas.

Incluso, consagrar que toda conducta relacionada con un conflicto armado debe ser investigada y juzgada en el marco del derecho internacional humanitario puede ser más gravoso para policías y militares. La carga probatoria en el DIH es mayor pues de deben probar elementos como que se atacó un objetivo militar que contribuye directamente a las hostilidades, que la neutralización de ese objetivo supone ventaja militar que justifica los daños causados y que obedecía a una necesidad militar su neutralización, entre otros.

Y cabe la pregunta: ¿Qué objetivo militar hay en el narcotráfico o el tráfico de armas? ¿No se trata de dos conductas acaso relacionadas con el conflicto armado interno?

Pero no es solo eso. Tal directriz implica una restricción del ámbito actual de competencia de la Justicia Penal Militar que se ocupa también de conductas que no están enmarcadas en las infracciones al DIH.

Se debe resaltar, que no se puede limitar a los jueces sujetando su examen a un caso exclusivamente al DIH, debido a que en su ejercicio deben considerar la Constitución y los tratados internacionales, dentro de los cuáles unos solamente corresponden a normas de derecho internacional humanitario, pero existen otras que conforme al artículo 93 y 94 de la misma carta política deben ser siempre tenidos en cuenta.

#### **4. Comisión Técnica de Coordinación**

La iniciativa de reforma constitucional establece una Comisión Técnica de Coordinación:

“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”.

Surgen al menos los siguientes comentarios:

- No se asigna una función concreta a la Comisión Técnica de Coordinación. Si bien puede actuar cuando exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, duda que determina según la jurisprudencia que debe ser de conocimiento de la justicia ordinaria, no tiene facultad de impedir ni de dirimir el conflicto de competencia. En otras palabras, su resultado será el de elaborar un informe que será objeto de evaluación, en las actuales circunstancias que no se modifican con el proyecto de acto legislativo, de la fiscalía y del juez de garantías, ambos de la justicia ordinaria. Para eso no se requiere modificar la Carta Política.
- El artículo menciona un órgano de policía judicial de la Justicia Penal Militar pero no se crea en el Acto Legislativo como dependiente de esa jurisdicción, por lo cual de crearse seguirá dependiendo en el cumplimiento de su función de la Fiscalía General de la Nación a la cual deberá reportar el resultado de sus diligencias.
- Tercero, la creación de una comisión con las características que se mencionan, no requiere reforma constitucional. De hecho, actualmente, en el marco de la Política de Cero Impunidad es Cero Violación de Derechos Humanos, expedida por el Ministerio de Defensa en 2011 y con base en un acuerdo de cooperación suscrito entre el Ministerio de Defensa Nacional, la Procuraduría General de la República y la Fiscalía General de la Nación se integra una comisión con fiscales, agentes del Ministerio Público y funcionarios de Justicia Penal Militar para examinar los casos en que exista controversia sobre la competencia<sup>14</sup>. Se trata de un procedimiento que busca acelerar las investigaciones y evitar acudir al Consejo Superior de la Judicatura en caso de conflicto de competencias, lo cual no impide que éste se surta. El resultado de este mecanismo aumentó en 77% el paso de casos de justicia penal militar a ordinaria comparando 2010 con 2011.

## 5. Juzgados y Tribunales Penales Policiales

Se autoriza al Congreso expedir leyes que creen “juzgados y tribunales penales policiales” al igual que la facultad para adoptar un Código Penal Policial.

Las operaciones militares y los procedimientos de policía, excepto cuando se realizan en el marco del Derecho Internacional Humanitario, tienen diferencias que pueden ser desarrolladas en normatividades específicas para FFMM y Policía. A pesar de eso, en principio no se observa una ventaja concreta de esa disposición que se refleje en fortalecimiento de la justicia penal militar. El establecimiento de una justicia penal policial no resulta necesario ni justificado.

No obstante, es una norma que podría tener importancia cuando se debata la naturaleza de la policía como cuerpo civil y su dependencia del Ministerio de Defensa en un escenario de postconflicto.

## 6. Autonomía e imparcialidad.

El proyecto determina que “La ley desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional”.

La creación de un sistema de carrera propio e independiente es la base de un funcionamiento transparente y técnico, sin intervenciones de ningún tipo, de la justicia penal militar. La dependencia actual no sólo abre posibilidades para afectar la recta administración de justicia, dado que los ascensos y permanencia de estos funcionarios están sujetos a los mismos procedimientos establecidos para el resto de miembros de la

<sup>14</sup> Ministerio de Defensa Nacional. Política de Cero Impunidad es Cero Violaciones a los Derechos Humanos. 15 medidas contra la impunidad. Bogotá D.C., 2011.

cada fuerza. Tal circunstancia tiene la capacidad de condicionar en un momento dado la conducta de los jueces militares.

Esta reforma respondería además a las continuas críticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Tercer Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia indica que “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”.<sup>15</sup>

“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”<sup>16</sup>.

## 7. Fondo para financiar Sistema de Defensa Técnica y Especializada

Una iniciativa novedosa pero que no requiere reforma constitucional para su implementación es la siguiente:

“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”.

La creación de un Fondo se puede hacer a través de una ley y de hecho el propio Ministerio de Defensa Nacional presentó al Congreso en el primer semestre de 2011 un proyecto en ese sentido. Creaba el Fondo y un Sistema de Defensa Técnica Especializada para militares y policías.

La dos únicas cosas relevantes de esta norma es que se asegura que no pueda ser impugnada una ley que cree el Fondo, pero se insiste en que aún sin su inclusión en la reforma este se puede crear en la ley. Y, segundo, que el acto legislativo faculta al Presidente de la República para expedir los decretos del Fondo a través de decretos, lo cual permite celeridad a un tema crítico para militares y policías.

Sin embargo, son varias las observaciones sobre esta iniciativa:

- La asignación de estas funciones al Ministerio de Defensa rompe la estructura del Estado, por cuanto la defensoría pública está en cabeza de un órgano independiente, como lo es la Defensoría del Pueblo, de origen constitucional.
- Al crear un Fondo para defensa a los miembros de la fuerza pública se plantea un tratamiento que vulnera el principio de igualdad, en cuanto a que los demás servidores públicos carecerían de una figura similar.
- Mirando la propuesta desde otra óptica, los miembros de la fuerza pública se encuentran sometidos a una relación especial de sujeción diferente a la de los demás servidores públicos, por su especial misión constitucional que implica el empleo de armas en medio de un conflicto armado no internacional, el cual le representa cargas superiores y diferentes, que los ubica en una situación de desigualdad y que exige del Estado tomar los correctivos necesarios, entre ellos, tratándose de garantizar el derecho a la defensa, medidas como la creación de un Fondo y de un Sistema de Defensa Técnica.

## 8. Centros penitenciarios militares

<sup>15</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tercer Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia. Washington D. C., 1999. Párrafo 17. Consultado en: [http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/capitulo-5.htm#\(29\)](http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/capitulo-5.htm#(29))

<sup>16</sup> Ibidem. Párrafo 19.

El proyecto de acto legislativo consagra que:

“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”.

Es una ampliación del llamado fuero carcelario. Actualmente, la normatividad señala que una vez condenados deben cumplir la pena en los centros carcelarios pero separados de los demás reclusos. La ley 65 de 1993 establece:

**ARTÍCULO 27. CÁRCELES PARA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.** 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.

La organización y administración de dichos centros se regirán por normas especiales.

En caso de condena, el sindicado pasará a la respectiva penitenciaría en la cual habrá pabellones especiales para estos infractores.

Con la norma se incluyen dos elementos:

- Se crean centros penitenciarios y carcelarios para miembros de la fuerza pública que hoy dependen de una resolución que los reconoce como tales proferidas por el INPEC.
- Se ordena que una vez condenados no cumplan su condena en un pabellón especial para miembros de la fuerza pública en una cárcel común, sino en centros penitenciarios y carcelarios establecidos únicamente para tales infractores.

Observaciones:

La norma propuesta reconoce el derecho que tienen los miembros de la fuerza pública a que en caso de ser investigados o condenados sean reclusos en lugares donde se garantice su seguridad y estén separados de los delincuentes a los cuales por su función constitucional debían combatir.

La existencia de centros penitenciarios y carcelarios exclusivos para miembros de la fuerza pública no contraviene la Constitución per se, pero debe agregarse a la redacción del artículo que su administración y régimen disciplinario será el mismo que el de las cárceles ordinarias y que deberán ser administrados por el mismo organismo encargado de éstas últimas. Solo así se garantiza el equilibrio entre el derecho que tienen a contar con centros de reclusión específicos para militares policías con la igualdad que en el tratamiento deben tener todos los condenados independiente de que hayan sido parte o no de la fuerza pública.

#### **IV. CONCLUSIONES**

- **Desde la motivación de la reforma:**

Si se aprobara la reforma propuesta por el Gobierno la preocupación central de los miembros de la fuerza pública expuesta en la segunda parte de este documento no se resolvería.

Las diligencias judiciales seguirán comenzando por la justicia ordinaria y la policía judicial, así se cree un organismo de este tipo en la Justicia Penal Militar, continuará dependiendo y reportando con base en el artículo 250 constitucional a la Fiscalía General de la Nación.

Aun con la reforma será la Fiscalía y el Juez de Garantías quienes definan si tienen o no competencia para adelantar la investigación y juzgamiento sobre la base de la regla de que ante la duda es a la justicia ordinaria la que corresponde el caso.

Ni la creación del Tribunal, ni de la Comisión de Coordinación resuelve este punto. La reforma constitucional en este aspecto es inane.

Se quiere eliminar el criterio de duda razonada y nitidez para fijar la competencia, como se explicó anteriormente en este documento, asignando competencia de todos los casos de violación de derechos humanos a la justicia penal militar, con excepción de crímenes de lesa humanidad, genocidio y desaparición forzada. Empero, la Corte Constitucional tiene la facultad, acudiendo al bloque de constitucionalidad, de ampliar esa lista a todas las violaciones de derechos humanos e infracciones de derechos internacional humanitario de gravedad inusitada, con lo cual de ninguna forma se consigue con el acto legislativo dar seguridad jurídica a los miembros de la fuerza pública.

Respecto al marco jurídico y a las reglas de competencia se restringe el ámbito de la justicia penal militar al DIH.

Constituyen dos novedades el proyecto la creación de centros carcelarios para militares y policías, al igual que la creación del fondo, con las observaciones anteriormente anotadas.

- **Desde otros sectores:**

Hay que preservar la presunción de competencia general de la jurisdicción ordinaria y el carácter excepcional y restrictivo de la justicia penal militar, de no ser así, se afectaría a la justicia ordinaria que por mandato constitucional se impone como juez natural general, violando el principio de igualdad.

Mantener intacto el artículo 221 de la C.P y que la justicia penal militar adecue sus procedimientos, sus actuaciones a los estándares nacionales e internacionales de administración de justicia, como integrarla a la rama judicial del poder público para que haya unidad jurisdiccional, superar las exigencias tecnológicas de investigación, que los jueces penales militares sean responsable penal, disciplinaria y administrativamente por la toma de decisiones ineficaces especialmente sobre el ejercicio de sus competencias restrictivas y excepcionales.

Se requiere la articulación en debida forma entre el Derecho penal nacional con el Derecho Internacional Humanitario.

Se atenta contra el Estado de derecho cuando se establece un Tribunal de Garantías Penales, que revisaría casos exclusivamente de relacionados con servidores militares y policiales, creando un sistema de justicia paralelo al establecido para todas las personas y funcionarios.

No se justifica la creación de un fondo destinado a financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada a los miembros de la Fuerza Pública, ya que el Estado cuenta con un sistema de defensoría pública a cargo de la Defensoría del Pueblo, que si no garantiza adecuadamente la defensa técnica ni resulta confiable para los miembros de la fuerza pública, se debe revisar y ajustar este servicio en la misma entidad.

Finalmente, el bance que se puede hacer el proyecto de reforma a la justicia y al fuero penal militar, como está plantada, no resuelve las preocupaciones que lo motivaron ni los graves problemas de la justicia penal militar, por tanto esta reforma resultaría ineficaz e inútil. Los problemas de inseguridad jurídica se mantendrán. Mientras no se resuelven los inconvenientes centrales que enfrenta el fuero penal militar, se continuará desconociendo la jurisprudencia internacional y se abre la puerta para las posibles actuaciones de la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## CONCLUSIONES

Con base en lo anterior, El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, le solicita a la H. Corte Constitucional:

- a. Respecto al artículo 7, se declare exequible el aparte de la norma demanda.
- b. Respecto al artículo 8, se declare la exequibilidad condicionada del aparte de la norma demandada a que se establezca el incumplimiento observando las garantías del debido proceso.
- c. Respecto al artículo 37 se declare inexecutable el aparte de la norma demanda.

En los anteriores términos dejamos rendida nuestra intervención de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley.

De los señores Magistrados, atentamente,

**JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN**

C.C. 79356668 de Bogotá.

Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com