

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE FUERO MILITAR

Rodrigo Uprimny Yepes (Director)
Luz María Sánchez Duque (investigadora)

Este documento somete a consideración de la opinión pública y del Congreso de la República las siguientes observaciones en relación con el proyecto de Acto Legislativo que amplía el fuero penal militar¹ y que se encuentra a un debate de su aprobación.

A pesar de los cambios introducidos en los últimos debates en respuesta a las múltiples críticas elevadas por organismos de derechos humanos nacionales e internacionales, la reforma constitucional que actualmente se está discutiendo no solo es innecesaria respecto a las dificultades que pretende enfrentar, sino que es abiertamente inaceptable tanto en relación con el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos, como frente al propósito de fortalecer nuestra Fuerza Pública, razón por la cual debería ser archivada. Para sustentar esta conclusión, comenzaremos por señalar i) por qué, en toda democracia, la justicia penal militar debe tener una competencia limitada, para luego mostrar que la reforma en debate ii) amplía indebidamente el fuero militar. Posteriormente iii) analizaremos las razones que se han presentado para justificar la reforma y mostraremos que ninguna es aceptable. Todo lo cual nos permitirá iv) concluir que esta reforma es inconveniente y debería ser archivada.

1) Las razones del carácter restrictivo del fuero militar

El fuero militar constituye una excepción al principio general, que se deriva del mandato de igualdad ante la ley, según el cual todas las personas debemos estar sometidas a una misma justicia, que es la justicia ordinaria. Por tratarse de una excepción, debe entenderse restrictivamente, por lo cual solo deben ser juzgados por los tribunales castrenses aquellos delitos cometidos por militares o policías que estén claramente vinculados con el servicio. Y ciertos atentados contra los derechos humanos, como las torturas, detenciones arbitrarias, violaciones, asesinatos o desapariciones, por ser tan extraños a la función militar o policial, deben ser siempre considerados como delitos sin conexión con el servicio y ser siempre juzgados por la justicia ordinaria. Esta es la regulación actualmente vigente en Colombia de conformidad con la Constitución, el Código Penal Militar² y la jurisprudencia constitucional.

¹ Proyecto de Acto Legislativo No. 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara “Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”.

² Dice al respecto el Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010): “Artículo 2o. *Delitos relacionados con el servicio*. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven

Esta regulación corresponde además a los mandatos del derecho internacional³, que considera que la justicia militar no debe juzgar violaciones a los derechos humanos pues esta 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. 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. 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. 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 en ciertos casos.

2) El inaceptable efecto de la reforma: la ampliación del fuero penal militar

El proyecto de Acto Legislativo amplía enormemente el fuero penal militar a través de dos vías. La primera es la reducción de la lista de crímenes cuyo conocimiento corresponderá a la jurisdicción ordinaria. Aunque en el séptimo debate en el Senado se amplió la lista de crímenes excluidos de la competencia de la justicia penal militar con la inclusión de la ejecución extrajudicial, la violencia sexual, la tortura y el desplazamiento forzado, los cuales se sumaron a los crímenes de lesa humanidad, genocidio y desaparición forzada, aún quedan por fuera de esta lista delitos que por su

directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado”. “Artículo 3o. *Delitos no relacionados con el servicio*. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”.

³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que “en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. Cfr., entre otros, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (2005); *19 Comerciantes vs. Colombia* (2004); *Las Palmeras vs. Colombia* (2001); *Escué Zapata vs. Colombia* (2007). En el mismo sentido, el *Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, adoptado por la Comisión de Derechos Humanos, establece que “la competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado”. (Principio 29, E/CN.4/2005/102/Add.1)

naturaleza no deberían ser cubiertos por el fuero penal militar. Así por ejemplo, graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario como la toma de rehenes, la detención ilegal y los tratos inhumanos y degradantes pasarían a ser juzgados por la justicia penal militar. Adicionalmente, la lista de delitos excluidos tiene problemas de técnica legislativa pues ni la ejecución extrajudicial ni la violencia sexual corresponden a conductas tipificadas como tales en el Código Penal, con lo cual se genera una peligrosa incertidumbre que podría incluso conducir a que los mal llamados casos de *falsos positivos* terminen siendo cobijados por el fuero militar.

La segunda vía es el establecimiento de un complejo diseño procedimental que va a provocar una ampliación de facto del fuero militar. Por un lado, la reforma implica que sea la justicia penal militar y no la Fiscalía, la que avoque de primera mano el conocimiento de los posibles delitos cometidos en el marco de una operación militar y la que determine, en primera medida, si se trata de un delito excluido de su competencia. En efecto, el proyecto dispone que toda infracción al derecho humanitario sea conocida por la justicia militar, con la excepción de los delitos expresamente excluidos. Resultado: si hay una muerte o un posible abuso en una operación militar, los primeros pasos de la investigación los hará la justicia militar y no la Fiscalía, como sucede actualmente. Será la justicia militar quien llegue al sitio de los hechos y realice las primeras indagaciones.

Todo experto en criminalística sabe que esas primeras horas son decisivas pues se recogen (o dejan de recoger) las pruebas esenciales. Entonces, en la práctica, será la justicia militar quien determine si la muerte fue un acto legítimo de guerra, una infracción al derecho humanitario que le corresponda investigar, o una ejecución extrajudicial que deba reenviar a la justicia ordinaria.

¿Cómo podrá entonces enterarse la Fiscalía de que hubo un crimen que deba investigar? Dependerá de que la justicia militar le remita el caso, lo cual casi nunca ha ocurrido en violaciones a los derechos humanos.

Pero supongamos que por alguna razón se sabe que pudo haber un falso positivo. ¿Puede entonces intervenir la Fiscalía autónomamente? No, pues en caso de que existan dudas acerca de si se trata de un delito excluido o no, entraría a operar la ambigua “Comisión Técnica de Coordinación”, conformada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la ordinaria. Pero además de esto, en caso de que se genere un conflicto de competencias entre las dos jurisdicciones, el encargado de dirimirlo será el tribunal de garantías penales, la mitad de cuyos miembros serán militares o policías retirados.

En virtud de este diseño procedimental, incluso si la lista de crímenes excluidos de la justicia penal militar se perfecciona, el resultado de la reforma será la ampliación de facto del fuero penal militar, dado el mayor peso que tendrían las instancias militares en la definición del rumbo de la primera etapa del proceso penal, la cual resulta definitiva pues es la que marca cuál es la jurisdicción competente. Podría argumentarse, sin embargo, que este diseño no comporta problema alguno pues por un lado, la

composición mixta del Tribunal de Garantías y de la Comisión Técnica de Coordinación es una garantía de equilibrio entre lo civil y lo militar; y porque, por otro lado, la reforma también apunta a corregir algunos de los defectos de la justicia penal militar al disponer la creación de un sistema de carrera independiente del mando militar.

Estas medidas no resultan sin embargo suficientes para neutralizar los efectos nocivos de la reforma. En primer lugar, porque la composición mixta de las instancias que intervienen en la definición de la competencia no alcanza a contrarrestar el mayor peso del elemento militar en la primera etapa del proceso, pues en todo caso será la justicia penal militar, sin ninguna concurrencia de la jurisdicción civil, la que asuma de primera mano el conocimiento de las conductas; y adicionalmente, dichos órganos no actuarán en todos los casos, sino solo cuando se presenten dudas. Y en segundo lugar, esta ampliación de facto del fuero militar continúa siendo problemática a causa de los riesgos en materia de independencia que son inherentes a la justicia penal militar, los cuales no alcanzan a ser conjurados con la creación de un sistema de carrera para la justicia penal militar, pues esta justicia sigue siendo parte de la rama ejecutiva. Adicionalmente, el espíritu de cuerpo propio de la institución castrense no solo se mantiene, sino que tiende a fortalecerse con la reforma, precisamente porque esta ha sido impulsada como una medida de protección para los militares.

3) El cambio propuesto carece totalmente de justificación

La defensa de la reforma se sustenta básicamente en dos ideas. La primera es que en la situación actual el fuero militar prácticamente no existe. La segunda es que los militares carecen de seguridad jurídica en la medida en que se encuentran expuestos a ser investigados y juzgados por actos legítimos cometidos en combate. Sin embargo, ambas ideas son infundadas, por lo cual no existe razón alguna que justifique la ampliación del fuero militar.

La primera razón se basa en un presupuesto jurídico inadmisibles y en un sustento empírico falso. El presupuesto inadmisibles es la pretensión de ampliar el fuero militar más allá de los límites permitidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, quienes defienden la reforma no tienen argumento alguno para sostener que actos como las detenciones ilegales o los actos degradantes son actos relacionados con el servicio, único entendido bajo el cual podría sostenerse que el juez natural en este tipo de casos sería la justicia militar y no la justicia ordinaria. Por esta razón, quienes apoyan la reforma, en realidad rechazan el que la justicia militar esté restringida a los delitos relacionados con el servicio. Este presupuesto es jurídicamente inadmisibles pues contradice los mandatos internacionales y desconoce abiertamente el principio de igualdad ante la ley.

Pero además esta primera razón tiene un sustento empírico falso. Según datos de la Fiscalía General de la Nación, el mayor número de procesos penales adelantado por la

justicia ordinaria contra miembros de la Fuerza Pública se presentó entre 2002 y 2008, que coincide con el período de los falsos positivos. El número más alto de procesos se da en 2007, en el que se reportaron 600, cifra que contrasta con el número de procesos abiertos antes y después de este período: 11 en 2000, 8 en 2001, 13 en 2009, 5 en 2010 y 3 en 2011.⁴ Estas cifras evidencian que el número de casos en la justicia ordinaria por hechos cometidos por miembros de la Fuerza Pública usualmente es reducido y que los incrementos estuvieron asociados a una problemática concreta de derechos humanos en las fuerzas militares, que han sido los mal llamados “falsos positivos”. En este sentido, la idea de que el fuero militar prácticamente no existe no tiene asidero fáctico.

Respecto a la falta de seguridad jurídica, el argumento esencial que se esgrime es que los jueces penales ordinarios no conocen ni comprenden con suficiencia los asuntos militares, ni el derecho humanitario, por lo cual no ofrecen las garantías de un juicio justo. Se ha resaltado sobre el particular que un alto porcentaje de los soldados teme terminar siendo condenado por un acto legítimo cometido en combate. Se trata sin embargo de un temor infundado. Tal como lo indicó el director de Human Rights Watch en su carta dirigida al Presidente Santos, no existe evidencia de que la justicia ordinaria haya iniciado procesos penales contra militares por bajas legítimas de combatientes; basta contrastar la cifra de homicidios en combate entre 2009 y 2012, que asciende a 1.964, con el bajísimo número de investigaciones por ejecuciones extrajudiciales en ese mismo período, que asciende solo a 22.⁵

Más grave aún, varios de los casos presentados por el Ministro de Defensa como ejemplos de condenas a militares por muertes en combate realmente no prueban los supuestos abusos de la justicia ordinaria contra los militares. En efecto, en su carta al director de Human Rights Watch, José Miguel Vivanco, el señor Ministro de Defensa señaló tres casos que ejemplifican, según su parecer, “la alarmante situación de militares condenados por bajas ocurridas en combate”. Pero sucede que al menos dos de ellos son falsos positivos, según las sentencias de la Corte Suprema que decidieron las demandas de casación frente a esos hechos.

Uno de los casos que menciona el Ministro es el de Carlos Adrián Mazo Marín y otros, decidido por el Tribunal de Antioquia en sentencia del 28 de octubre de 2010. El Ministro sugiere que este es un ejemplo de la incomprensión del principio de proporcionalidad del DIH por la justicia ordinaria, pues estos militares habrían sido condenados porque hicieron un ataque y dieron de baja unos guerrilleros, y que la justicia ordinaria habría exigido que solo respondieran defensivamente a una agresión.

⁴ Al respecto ver: Intervención del señor Todd Howland, Representante en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, panel Constitución y Fuero Penal Militar, 30 de agosto de 2012, disponible en <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=144&cat=24>.

⁵ Human Rights Watch. Carta al Presidente Santos sobre el fuero militar, disponible en <http://www.hrw.org/es/news/2012/10/25/colombia-carta-al-presidente-santos-criticando-ampliacion-del-fuero-militar>.

Sin embargo, una lectura de la sentencia de casación de la Corte Suprema en este caso⁶ muestra claramente otra historia: la condena no fue porque los militares hubieran realizado un ataque ofensivo, sino que en realidad no hubo ningún combate. Lo que hubo fue un homicidio fuera de combate de una pareja de presuntos milicianos del ELN, que fueron sacados por integrantes del ejército de la casa del padre de uno de ellos y fueron asesinados, luego de que los militares simularan un combate.

Otro de los casos que invoca el Ministro es la decisión del Juzgado Penal de Santuario - Antioquía, que condenó a 33 años a miembros del Ejército Nacional. Según el Ministro, el fallo habría condenado a los militares porque atacaron teniendo superioridad numérica. Pero según el resumen de los hechos realizado por la Corte Suprema Justicia⁷, al decidir sobre la demanda de casación, no hubo ningún combate sino una ejecución extrajudicial. Así resume los hechos la sentencia de la Corte Suprema:

En desarrollo de la llamada “Operación Espartaco”, destinada a combatir los grupos armados ilegales que operaban en el oriente antioqueño, un grupo de contraguerrilla perteneciente al Batallón de Artillería No. 4 del Ejército Nacional, el día 3 de junio de 2004 a las 7:30 horas de la mañana llegaría a la vereda “Los Mangos” del municipio de Cocorná y abordaría a los labriegos Germán Darío Hernández Galeano y Juan de Jesús Giraldo Aristizábal, quienes en ese momento se encontraban en una parcela de la misma cortando caña, señalándolos de hacer parte del **ELN**. Los militares acompañados de tres encapuchados, se llevaron a Germán Darío Hernández Galeano, cuyo cadáver baleado entregaron al día siguiente en la morgue del hospital⁸.

No existe entonces prueba de que la falta de especialización de los jueces ordinarios haya hasta el momento menoscabado las garantías de los militares. Pero además, el argumento de ampliar el fuero militar con base en la ausencia de formación de los jueces ordinarios en cuestiones castrenses es en sí mismo insuficiente. Con ese argumento destrozaríamos la igualdad ante la ley penal pues habría que prever también un fuero médico y otro financiero, pues un tratamiento quirúrgico o una operación bancaria son también actividades complejas y difíciles de entender. Y eso por solo citar algunos ejemplos hipotéticos, pues podríamos hablar también de un fuero especial para los casos complejos de delitos vinculados a la ingeniería o al robo de secretos profesionales. Pero lo cierto es que los jueces, con una formación y asesoría especializadas, pueden juzgar a los médicos y a los banqueros.

La mejor prueba de que los jueces penales ordinarios, con la adecuada formación, 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. Bélgica, que es activa en operaciones militares

⁶ Ver Corte Suprema. Sala de Casación Penal. Proceso No 35889. Sentencia del 14 de septiembre de 2011.

⁷ Ver Corte Suprema. Sala de Casación Penal. Proceso No 35230. Sentencia del 4 de mayo de 2011.

⁸ *Ibidem*.

extraterritoriales, la ha abolido tanto en tiempos de paz como de guerra.⁹ 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. Estos ejemplos exitosos demuestran que los eventuales riesgos de la carencia de conocimiento especializado por parte de los jueces civiles se puede suplir con una formación apropiada en derecho humanitario y asuntos militares.

Existe un argumento adicional en relación con la seguridad jurídica, que tiene que ver con la ambigüedad en torno a cuál es el derecho aplicable cuando se trata de juzgar actos cometidos por los militares en el contexto del conflicto armado. Según los defensores de la reforma, los militares no saben hoy cómo adelantar sus operaciones frente a la guerrilla y los demás actores armados, pues consideran que, por tratarse de actos de guerra, deben regirse por el derecho humanitario. Pero arguyen que pueden resultar investigados o condenados por un acto legítimo de guerra, pues los jueces penales ordinarios pueden aplicarles el Código Penal, que está previsto para la paz.

Esta ambigüedad efectivamente existe pues las reglas que definen qué es admisible en un contexto ordinario son distintas de aquellas que lo hacen en el ámbito de la guerra. Así, las reglas que regulan el uso de la fuerza en la guerra son en parte diversas a las que gobiernan el uso de la fuerza en operativos policiales en la paz. Por ejemplo, el derecho humanitario autoriza el uso letal de la fuerza, siempre y cuando se trate de un ataque dirigido contra un objetivo militar y el daño ocasionado no sea excesivo en relación con la ventaja militar concreta obtenible. Así, una emboscada ofensiva, que respete los anteriores criterios de proporcionalidad, para dar de baja a un jefe guerrillero que no pueda ser razonablemente capturado, es entonces un acto legítimo de guerra. Pero en cambio es inaceptable que, en situaciones de paz, la Policía embosque a una banda de asaltantes de bancos con el argumento de que es una victoria en la lucha contra la delincuencia y que el daño ocasionado no es excesivo. En ese caso, la Policía solo puede usar medios letales si es atacada o si tal uso es necesario para, por ejemplo, salvar la vida de un rehén (legítima defensa propia o de un tercero), y siempre y cuando la respuesta policial sea proporcionada a la agresión.

Ahora bien, aunque esta ambigüedad existe y los militares tienen razón en reclamar mayor claridad jurídica, la ampliación del fuero militar no es ni necesaria ni adecuada para superar esta dificultad, pues un tema sustantivo no se soluciona con un cambio procesal. En este punto, la salida es precisar los principios y reglas que regulan las operaciones militares, para lo cual basta una ley que sistematice el tema.

⁹ Ver: Andreu-Guzmán, Federico (2011). Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos, Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, p.57 y ss, disponible en http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/tribunales_militares.pdf

4) Conclusión: una reforma que, en lugar de fortalecer a la Fuerza Pública, mina su credibilidad

El apoyo a la reforma se sustenta en la idea de que es necesario dar un respaldo político a la difícil labor de los militares ampliándoles el fuero. Se trata de un propósito loable y legítimo, pero el camino escogido es claramente equivocado pues la reforma propuesta es perjudicial tanto para la sociedad colombiana, como para el Estado. Para la sociedad, porque la experiencia ha mostrado que, por un mal entendido espíritu de cuerpo, las violaciones a los derechos humanos suelen quedar en la impunidad cuando son conocidas por la justicia castrense. Y para el Estado colombiano, pues conduce a un incumplimiento de sus obligaciones internacionales; al respecto, no debe perderse de vista que todos los Relatores de Naciones Unidas, así como Human Rights Watch, manifestaron su contundente rechazo a la reforma en curso.

Por estas razones, la reforma termina siendo también perjudicial para la propia credibilidad de la Fuerza Pública, pues ese esfuerzo por sustraerla de la vigilancia de jueces externos independientes no puede sino generar sospechas de que lo que se busca es la impunidad. El respaldo social y político de la Fuerza Pública depende de la legitimidad que esta logre edificar en virtud de su correspondencia con las exigencias de una sociedad democrática respetuosa de los derechos. Contrario a lo que propone la reforma, esto se logra fortaleciendo la justicia civil encargada de investigar y juzgar las violaciones a los derechos humanos cometidas por los militares y policías y no ampliando su fuero, pues poco aprecio puede reclamar de la ciudadanía una Fuerza Pública que reclama un trato diferenciado cuando se trata de juzgar sus propios abusos. La Fuerza Pública merece nuestro apoyo, pero la ampliación del fuero militar no es la forma de hacerlo: es un apoyo envenenado.

Bogotá, diciembre 10 de 2012