



Corporación
Jurídica
Libertad

**MUCHAS PREGUNTAS
¿MOTIVOS OCULTOS o JUSTIFICACIONES FALACES?
A propósito de las reformas a la ley de justicia y paz, el marco jurídico para la paz y el
fortalecimiento del fuero penal militar**

*Liliana María Uribe Tirado
Corporación Jurídica Libertad*

Introducción

Colombia atraviesa aún por un histórico conflicto armado cuyas causas, sin dudarlo, se encuentran en la existencia de condiciones económicas degradantes para amplios sectores sociales y de exclusión política deliberada. Si bien se han implementado importantes procesos de negociación con algunas guerrillas que dieron lugar a la inserción de pocos de sus integrantes a la esfera política, un proceso de paz no ha sido posible con una dimensión que trascienda la exclusiva desmovilización de una sola parte de los protagonistas de la confrontación y que conlleve a la formulación de políticas de no repetición, y en especial, de superación de las condiciones de inequidad de la inmensa mayoría de la población colombiana.

Desde el año 2002 se implementan una serie de medidas legislativas y políticas con el propósito de otorgar beneficios económicos, sociales y jurídicos a integrantes de grupos paramilitares a cambio de su desmovilización, que no necesariamente, su desestructuración militar y política; y por otro lado, se acentúa la estrategia militar contra las guerrillas, buscando por esa vía su rendición militar y en consecuencia llevarlos a desertiones individuales y a una mesa de negociación debilitados. Por su lado, las fuerzas armadas de Colombia, arremetieron contra la población civil, causando gravísimas violaciones de los derechos humanos¹. Con esos precedentes, hoy, a través de reformas a la Constitución y la ley, se busca afianzar la impunidad de graves violaciones de los derechos humanos en nombre de la PAZ, en un contexto judicial que ha permitido a través de la jurisdicción ordinaria, sancionar y juzgar a algunos militares de alto rango, a reconocidos políticos y personalidades de sectores de la economía.

Este escrito, intentará recorrer tres de las más importantes reformas a la Constitución Política y a la Ley 975 de 2005 denominada de justicia y paz, y llamar la atención sobre los principios del Estado constitucional, y de derecho internacional de los derechos humanos que podrán verse vulnerados de aprobarse cada una de estas iniciativas del Gobierno colombiano y el Legislativo, que si bien, se

¹ Entre los años 2002 y 2008 la Mesa sobre ejecuciones extrajudiciales de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos, documentó 3.345 víctimas de ejecuciones extrajudiciales en Colombia

sustentan en el derecho a la PAZ, parten del supuesto de que ésta se logra sin garantías plenas de no repetición, sin verdad y memoria colectiva, pero en especial, afianzando los efectos nocivos de la impunidad. Las reformas en concreto están contempladas en el proyecto de Ley No. 096 de 2011, y los proyectos de actos legislativos Nro. 094 de 2011, 007 de 2011 y 192 de marzo de 2012.

Hallar la PAZ con menos investigación

La reforma a la ley 975 de 2005 contenida en el Proyecto de ley No. 096 de 2011, presentado por la Fiscalía General de la Nación al Congreso de la república, descansa en el planteamiento de diversidad de problemas que se han develado en la aplicación de la ley de justicia y paz, que se ha venido aplicando a 4.072 paramilitares desmovilizados² tales como:

- i) la excesiva demora en el trámite de los procesos, derivada en gran medida de la multiplicidad de audiencias que es necesario celebrar a lo largo del trámite procesal;*
- ii) el volumen de casos y la complejidad que plantea su investigación integral;*
- iii) la falta de regulación de la persecución y el aseguramiento de los bienes destinados a la reparación de las víctimas así como de la restitución de bienes cuando estos les han sido despojados a aquellas;*
- iv) la complejidad de investigar y asegurar la reparación colectiva en el marco de la lógica individual de los procedimientos judiciales, lo cual, a su vez, genera importantes demoras;*
- v) la complejidad y demora en el trámite del incidente de reparación;*
- vi) la ausencia de criterios para excluir a los postulados del proceso de justicia y paz, en ciertas circunstancias³.*

Las soluciones que da la reforma a los problemas esbozados por la Fiscalía no parecen coherentes con la dimensión de los mismos y la crisis en que se encuentra la aplicación de este especial procedimiento penal contenido en la ley de justicia y paz, que no ha permitido construir la verdad con la participación de las víctimas y menos en perspectiva de memoria colectiva, por el contrario plasma las justificaciones del accionar paramilitar; que no ha desarrollado líneas metodológicas de investigación para develar los patrones sistemáticos de los crímenes, los modelos de represión y de terror que generaron sus prácticas de destrozo y deshumanización de los cuerpos de las víctimas, muchas de ellas enterradas en fosas o cementerios sin identificar, como NNS⁴; que insiste en no corroborar los hechos confesados con la realidad de los delitos cometidos para constatar la veracidad de las versiones libres rendidas por los postulados; pero en definitiva, que no ha aportado en la identificación de los autores determinadores o quienes planearon y se beneficiaron con miles de crímenes perpetrados en el país⁵.

²Fiscalía General de la Nación. Informe de Gestión 2011, pg. 37

³Motivaciones de la reforma a la Ley 975 de 2005, contenidas en el Proyecto de ley 096 de 2011.

⁴ Recientes cifras del gobierno nacional se han encontrado 22.689 cuerpos NN en cementerios públicos del país.

⁵ En pronunciamiento del paramilitar Salvatore Mancuso Gómez el 30 de septiembre de 2009 al momento de suspender su participación en el proceso de Justicia y Paz sostuvo que *“Creyeron que la verdad podría manipularse de tal manera que ante la comunidad internacional se vieran satisfechos los derechos de las víctimas, pero también se equivocaron y nunca calcularon que la verdad empezaría a involucrar a todos los que participaron del conflicto, como la sociedad civil, los gremios económicos, la clase política, la fuerza pública y algunos otros servidores del Estado”*

La reforma simplemente acelera los términos procesales para la realización de las audiencias⁶, recorta los términos de investigación de los funcionarios judiciales, tanto en relación con el universo de casos denunciados o confesados por los postulados, como de los bienes ofrecidos para la reparación. Lo cierto es que la versión de las víctimas, su perspectiva de los hechos y los contextos en que ocurrieron los mismos se tendrían, en gracia de discusión, que investigar y profundizar en el mismo periodo de tiempo, aunque sobre este tópico no dice nada la reforma legal. Así las cosas, el deber estatal de investigar, no sólo como un mero acto sin encaminarse a la obtención de resultados y de ofrecer recursos efectivos a las víctimas, fueron convertidos por la Fiscalía en un problema, cuya solución es asimilada en el recorte de términos procesales para investigar plenamente.

En relación con el segundo de los problemas, esto es *“ii) el volumen de casos y la complejidad que plantea su investigación integral”*, la Fiscalía propone para su solución el artículo 5 de la reforma que contempla **la priorización de casos**⁷ que será discrecional de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y los Magistrados de Justicia y Paz de los tribunales superiores *“con base, entre otros, en criterios relacionados con la gravedad de los delitos, las condiciones de los autores y la calidad de las víctimas”*.

La magnitud de los crímenes perpetrados por el paramilitarismo es una realidad inocultable, o en términos jurídicos “un hecho notorio”, y las mismas cifras de la Fiscalía son demostrativas del impacto jurídico, social y político de la criminalidad paraestatal⁸, favorecida o impulsada sustancialmente por la connivencia, aquiescencia y tolerancia de agentes estatales, y de sectores económicos y políticos determinantes en el país, que comportaría una política estatal que, con la fórmula de la priorización propuesta, de acuerdo a los criterios establecidos en la reforma, no viabilizarían una investigación integral teniendo en cuenta esta perspectiva.

En definitiva la tal priorización puede corresponder a una estrategia de investigar unos pocos casos, a unos cuantos responsables que los criterios asumidos por la Fiscalía no dejan claros, sin que se llegue al nudo central del problema que consiste en efectuar investigaciones estratégicas teniendo en cuenta un enfoque de crímenes de sistema que permitan avanzar hacia líneas lógicas de investigación, develando los contextos en los cuales se han perpetrado los crímenes, los beneficiarios, lograr la plena identificación de los que han dado las ordenes y planeado las acciones para acometerlos, con el ánimo de cumplir el deber del Estado de investigar seria y profundamente las violaciones de los derechos humanos.

⁶Artículo 10 que modifica el artículo 18 de la Ley 975. Trae una audiencia concentrada que recoge la formulación y aceptación de cargos y anuncio del sentido del fallo (60 días después de la de formulación de imputación se hace esta audiencia concentrada y luego se dan 10 días para la audiencia de sentencia e imposición de la pena).

⁷Artículo 5º: Adiciónese a la Ley 975 de 2005 el artículo 16A, cuyo texto será el siguiente: **PRIORIZACIÓN DE CASOS.** La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y los magistrados de justicia y paz de los tribunales superiores de distrito judicial establecerán prioridades para la investigación, juzgamiento y sanción de los casos bajo su conocimiento, con base, entre otros, en criterios relacionados con la gravedad de los delitos, las condiciones de los autores y la calidad de las víctimas

⁸Según informes de organizaciones defensoras de derechos humanos, organismos internacionales, algunas sentencias condenatorias y confesiones de los postulados.

Más priorización y selección por la vía de la reforma Constitucional, Marco Jurídico para la PAZ

El proyecto de reforma constitucional No. 094 de 2011 va más allá y faculta al propio Ejecutivo y al Legislativo para *priorizar o seleccionar* la investigación penal de los casos que corresponde a la Fiscalía, aduciendo que “*los criterios de priorización y selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional*”; criterios que se determinarán a iniciativa del gobierno, un año después de aprobado el acto legislativo. Esto quiere decir que en la misma reforma a la Constitución el Constituyente no conocerá los parámetros que permitirán la renuncia del Estado a la persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho internacional humanitario, o se ocultarán a la sociedad dando facultades a posteriori al Legislativo y al Ejecutivo para la concreción de instrumentos que finalmente dejarán en la impunidad los crímenes de lesa humanidad y de guerra que se han perpetrado en el país.

Dice también el acto de reforma constitucional que cuando haya renuncia a la persecución penal, “*el legislador también podrá ordenar la creación de mecanismos colectivos y no judiciales para lograr una adecuada investigación y sanción, el esclarecimiento de la verdad y la reparación a las víctimas*”⁹. Esta propuesta de instrumento de justicia transicional no guarda relación lógica ni coherencia con el obligado ejercicio de la acción penal dirigida por la Fiscalía para la investigación integral de las violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH, que tiene por finalidad el esclarecimiento de los hechos, el juzgamiento y la sanción a los responsables. Es decir, ninguna otra autoridad *no judicial* puede cumplir esa función que sólo es inherente al poder judicial, de conformidad con el principio del Juez natural.

Con el paso de los debates requeridos para la aprobación de la reforma constitucional, la priorización y selección de casos, así como la figura de la creación de instrumentos judiciales y no judiciales, se ha venido extendiendo la facultad de suspender las penas privativas de la libertad a los miembros de la Fuerza Pública que sean responsables de violaciones de los derechos humanos¹⁰. Así mismo se ha ido dejando claro que se otorgarán formas de indulto para los militares que han sido condenados por delitos de guerra y de lesa humanidad¹¹.

Llama la atención que el Gobierno viene urgiendo por este marco jurídico para la paz a través del cual, según su punto de vista, se logrará con la desmovilización de los grupos ilegales. “Sergio Jaramillo, alto asesor presidencial para la seguridad nacional, afirmó que “con lo que tenemos en este momento no se va a resolver el conflicto, independientemente de la visión que tenga cada quien sobre cuál debe ser la solución”. Jaramillo señaló que si en este momento los grupos ilegales deciden entregarse, “no tendríamos jurídicamente cómo atender esa desmovilización”¹². Lo anterior significaría entonces que si los instrumentos establecidos en la ley 782 de 2002, el decreto 128 de 2003, la ley 975 de 2005 y la ley

⁹Inciso 4º del artículo 1º de la reforma constitucional que adiciona el artículo 66 transitorio a la Constitución Nacional.

¹⁰Se salvó 'marco jurídico para la paz', en primer debate. La Comisión Primera de la Cámara acogió la sugerencia del presidente Santos y decidió darle al Gobierno los mecanismos jurídicos que serían la llave para conseguir la paz.

¹¹Congreso aprobó en tercer debate marco jurídico para la paz. Por: REDACCIÓN POLÍTICA | 30 de Noviembre del 2011. Según texto de la iniciativa, esta permite suspensión de penas por delitos de lesa humanidad.

¹²Ibidem.

1424 de 2011 -que permiten otorgar beneficios jurídicos para quienes se desmovilicen-, no cumplieron su cometido del logro de la paz a pesar de la supuesta reintegración de más de 35.000 paramilitares, ¿qué asegurará que seleccionando y priorizando algunas investigaciones sobre hechos y responsables se alcance ese cometido?; ¿por qué creen que las investigaciones contra algunos militares y políticos que han llegado a sentencias condenatorias son un obstáculo para la paz?. Pero mucho más revelador sería preguntarnos, si esa normatividad permitirá obtener la realización de verdaderas garantías de no repetición y de restablecimiento de derechos para las víctimas del conflicto armado.

¿Por qué la expedición de más normas, cuando hay algunas aún vigentes con los mismos propósitos de la paz y la reconciliación nacional? Lo cierto es que con la reforma a la ley 975 de 2005 y el marco jurídico para la paz se buscará la investigación de algunos casos y de solo unos responsables, ¿cuáles casos?, ¿cuáles responsables?, por qué la selección a cargo del Ejecutivo, por autorización del Legislativo?. ¿Qué tipo de instrumentos judiciales y no judiciales permitirán el esclarecimiento de los hechos, el juzgamiento y la sanción a los responsables?

Las preguntas no son de poca trascendencia si se tiene en cuenta que en ninguna de las iniciativas, ni la de la Fiscalía ni del Legislativo auspiciada por el Gobierno, se prevé la investigación penal partiendo de un enfoque de **crimen sistemático** que significa *“no sólo esclarecer lo acontecido en hechos aislados, sino determinar el continuo de poder entre determinadores y seguidores y explicitar las políticas, prácticas y contextos que determinaron (o facilitaron) la perpetración de abusos de manera sistemática o generalizada. La tarea del aparato de investigación y de juzgamiento no es “la de sencillamente describir la comisión del acto criminal, sino la de elucidar la operación de los elementos de la maquinaria criminal”*¹³.

Más fuero penal militar trae más PAZ

Se suma a las diversas iniciativas del Ejecutivo en relación con asuntos de índole judicial, la reforma constitucional contenida en el Proyecto de acto legislativo No. 007 de 2012 que establece el fortalecimiento del fuero penal militar al disponer que todas las operaciones y procedimientos de la Fuerza Pública se *presumirán* en relación con el servicio, y cuando en estas situaciones haya lugar al ejercicio de la acción penal, la misma se adelantará por la jurisdicción penal militar y policial¹⁴. Esto significa que si se comete un hecho que deba investigarse penalmente por ser un delito, se entenderá que los responsables obraron legítimamente y en consecuencia se ampararán en el fuero penal militar y sus superiores esclarecerán los hechos y sancionarán a los responsables si a ello hubiera lugar.

Así las cosas, cuando se presenten situaciones de ejecuciones extrajudiciales, lesiones personales, torturas, desapariciones forzadas, violencia sexual, desplazamientos forzados, amenazas, entre otros crímenes, se *presumirán* actos del servicio y conocerán de ellos los jueces penales militares. Esta había

¹³Michael Reed Hurtado*. Breve exploración sobre la función del derecho penal en el proceso de reconocimiento de las atrocidades perpetradas en el marco de conflictos armados o de represión Citando a Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, Prosecution Initiatives, HR/PUB/06/4, 2006.

¹⁴Reforma Constitucional a la justicia que adiciona el artículo 221 de la Constitución política

sido la tradición en Colombia, pero en virtud de pronunciamientos de la Corte Constitucional se restringió el fuero penal militar a asuntos típicamente del servicio o relacionados con él y se exceptuaron del conocimiento de la jurisdicción penal militar las violaciones de los derechos Humanos y los crímenes de lesa humanidad. La actual reforma constitucional quiere volver al estado de cosas inconstitucional que se había superado, al menos jurisprudencialmente, a través de la Sentencia 358 de 1997.

Dirán que es incorrecta y falsa la argumentación sostenida anteriormente, pues siendo rigurosos, en los discursos gubernamentales y de los ponentes de la reforma constitucional se deja expresa la prohibición de que los jueces penales militares asuman la competencia para investigar graves violaciones de los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Pero ¿cuál es la práctica jurídica de los militares y para qué les sirve la presunción constitucional anticipada, sino es para que sus propias instancias de investigación realicen las primeras diligencias judiciales y determinen si la investigación es asumida por ellos o la Fiscalía? ¿En cuánto tiempo se resolverá esa cuestión y mientras tanto, las pruebas se desvanecerán o se alterarán, o las víctimas, familiares o testigos no serán escuchados en contraste con las declaraciones de los militares involucrados? Esta jurisdicción ha sido ampliamente cuestionada por la ausencia de independencia e imparcialidad de los jueces militares en la resolución de las investigaciones de ésta índole, y aún más por su ineficacia para investigar a altos mandos de la fuerza pública. Así lo concluyó una publicación que tituló "*Capitán nunca juzgará a Coronel*"¹⁵, ¿por qué entonces, insistir en su fortalecimiento?

Lo cierto es que suprimir la restricción constitucional al fuero penal militar resulta manifiestamente contrario a la Constitución, pues se verá vulnerado el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso en su manifestación del Juez natural. La exigencia de imparcialidad en la determinación de la verdad, excluye a la jurisdicción penal militar como organismo apropiado para la investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones a los derechos humanos en la que han intervenido militares. En este sentido la Corte Interamericana de derechos humanos a sostenido que: "*... cuando la justicia penal 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 al acceso a la justicia. Ello debido a que es razonable considerar que los funcionarios del fuero militar carecen de la imparcialidad e independencia requerida por el artículo 8.1 de la Convención Americana para investigar violaciones de derechos humanos cometidas por militares de una manera eficaz y exhaustiva*"¹⁶

La acción penal en Colombia está asignada a la jurisdicción ordinaria, más específicamente a la Fiscalía General de la Nación¹⁷ y dejar inserta en la Constitución Nacional la citada presunción tal como la

¹⁵Revista Semana. Edición 1472 de Fecha: 17/07/2010

¹⁶Corte IDH Caso Durand y Ugarte vs Perú. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Párr. 125.

¹⁷Artículo 250 de la Constitución Nacional.

conciben el legislador y el ejecutivo, delegando en los jueces penales militares¹⁸ el impulso de las investigaciones de toda índole cuando son sujetos activos de la conducta penal militares y policías, lo que significa otorgarles una liberalidad que no es legítima en un estado constitucional de derecho, pues serán quienes decidan en primera medida qué casos se remiten o no a la Fiscalía para lo de su competencia, si llegaren a considerar que se trata de una violación de los derechos humanos o de un crimen de lesa humanidad.

Las presunciones legales son afirmaciones de certeza o veracidad que la ley establece, en este caso la Constitución, donde a una determinada causa le sucede una consecuencia lógica que se la considera verdadera, y no admite prueba en contrario si es de derecho, o que permite ser desvirtuada si es de hecho¹⁹. La presunción que introduce la Constitución en el artículo 221 resulta inconveniente e incomprensiva en tanto, por un lado, clausura u obstaculiza para las víctimas y sus representantes judiciales la posibilidad de controvertir dicha cláusula o probar que la orden de operaciones o procedimientos militares no está relacionada con el servicio militar o policial. Se establece de *iure* una violación o dificultad para hacer efectivo, rápido y sin dilaciones el derecho de acceso a la justicia; por otro lado, crea una prerrogativa un tanto exorbitante a favor de los aforados militares y policiales, que además de alterar el principio de igualdad de todos y todas por el evidente desbalance a favor de aquellos, deja desprovista a la sociedad de controles frente a la actuación, de por sí riesgosa, de la fuerza pública; lo que extraña, puesto que es de la esencia de toda democracia la existencia de límites a las autoridades en general, y más concretamente a quienes tienen responsabilidades frente a la garantía y respeto de los derechos humanos como es precisamente obligación de las fuerzas armadas²⁰.

Esta facultad indebida para la Jurisdicción penal militar otorgada por los órganos Legislativo y Ejecutivo es además una violación al artículo 2º de la Convención americana de derechos humanos que obliga a las autoridades del Estado a adoptar “*con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”; pues usa el poder reformativo que permite la Constitución en beneficio único y exclusivo del ente militar y policial, creando en la propia norma rectora de la sociedad colombiana distinciones o diferencias que riñen con el principio de igualdad, que no

¹⁸Pues solo los jueces penales militares podrán determinar si se trata o no de una violación de los derechos humanos o un crimen de lesa humanidad, dado que serán ellos quienes conocerán de las actuaciones judiciales y tienen la presunción constitucional como sustento de esa decisión y no las pruebas que aparezcan en el desarrollo de la investigación penal.

¹⁹Las presunciones son ficciones que crea la Ley y se clasifican en *de derecho* o *de hecho*. Las primeras no admiten prueba en contrario, por ello la ficción que cree la presunción adquiere el carácter de verdadero o cierto. Y las segundas, establece la ficción de la certeza pero ésta es susceptible de desvirtuarse mediante prueba válida.

²⁰Constitución Política Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

admite la excepción de la discriminación positiva aceptada jurisprudencialmente²¹ a favor de los aforados, pues no se encuentran en condiciones de vulnerabilidad manifiesta y, al contrario, han contado con herramientas jurídicas que los ha consolidado como un poder real en el país.

Frente al derecho a la igualdad ante la ley, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “*el derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual de la ley sin discriminaciones no hace que todas las diferencias de trato sean discriminatorias*”²² Sin embargo, como lo ha establecido reiteradamente dicho organismo, un trato diferencial, como procedimientos penales especiales o tribunales constituidos especialmente para la determinación de ciertas categorías de casos, solamente son aceptables si están basados en criterios razonables y objetivos²³. El Comité de Derechos Humanos ha llegado a la conclusión de que, cuando no existen fundamentos razonables ni objetivos para justificar esta distinción en el trato judicial, estos tribunales especiales o procedimientos penales especiales son incompatibles con la garantía fundamental de un juicio justo²⁴.

De aprobarse la citada reforma, la violación del artículo 2º de la Convención americana que prescribe la obligación de abstenerse de aprobar normas manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Convención, se haría manifiesta por la vulneración de los artículos 8 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y a la protección judicial que reconocen el derecho a que se resuelvan los conflictos de orden socio-jurídico mediante un procedimiento rápido y por un Juez o Tribunal competente imparcial e independiente, exigencia mayor cuando se trata de amparar a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales “*aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*”²⁵. Las normas internacionales de derechos humanos establecen obligaciones para los Estados, cuyo cabal cumplimiento garantiza la realización de la justicia. La adecuada garantía de ese derecho supone el acceso al sistema de justicia, mediante un recurso efectivo, con el fin de conocer la verdad de lo sucedido, sancionar a los responsables de los hechos y obtener una reparación integral, todo ello dentro de un plazo razonable²⁶. Por eso, los Estados

²¹ Constitución Política. Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

²² Comité de Derechos Humanos: Dictamen de 9 de abril de 1987, Comunicación No. 172/1984, Caso *S. W. M. Broeks c. el Reino de Países Bajos*, párr. 13.

²³ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 32, doc. cit.*, párr. 14; Dictamen de 4 de abril de 2001, Comunicación No. 819/1998, Caso *Joseph Kavanagh c. Irlanda*, párrs. 10.1 y 10.2

²⁴ Ver, por ejemplo, las *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre: Gabon, CCPR/CO/70/GAB*, 10 de noviembre de 2000, párr. 11.

²⁵ Artículo 25 CADH

²⁶ En particular, véase: “Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, n.º 140, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.doc

están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas²⁷. Esos recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal²⁸ y tener como marco el cumplimiento estatal de la obligación general de respetar los derechos humanos y asegurar su libre y pleno ejercicio²⁹. Sólo así se puede hablar de que exista un sistema eficaz de protección de los derechos humanos.

La PAZ se logra con una sui generis interpretación del derecho internacional humanitario

El Gobierno nacional creó una *Comisión Asesora* para la reforma a la justicia penal militar cuya opinión permitiera darle tranquilidad y, para ser precisos, mayor “seguridad jurídica” a los militares y policías en el desempeño de sus funciones, revalorizando para tal efecto la importancia del derecho internacional humanitario, aunque ello fuera en contra de la acepción más común y aceptada por la sociedad colombiana y la Comunidad Internacional, de interpretar que ese valioso instrumento de regulación de la guerra tiene como finalidad la protección de la población civil y de los combatientes que han dejado de estarlo por heridas o captura.

Es cierto que en el Ministerio de Defensa desde años atrás se vienen introduciendo formalmente categorías del DIH en directivas, manuales operacionales, discursos, doctrinas, y fue reconocido así por el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en su informe del año 2010 al señalar que *“los miembros de las fuerzas militares reciben una amplia capacitación en Derecho Internacional Humanitario. Algunos funcionarios del Ministerio de Defensa han participado en análisis muy elaborados de las normas de Derecho Internacional Humanitario, formulado directrices detalladas para su aplicación y demostrado determinación para enfrentar las complejidades que se desprenden de los hechos sobre el terreno”*, pero también advirtió que *“aplicar el marco jurídico correcto constituye para el Gobierno una muestra de su disposición a acatar el estado de derecho y a actuar en beneficio de sus ciudadanos, especialmente los que han sido desplazados y corren el riesgo de quedar atrapados en medio de las hostilidades”*³⁰ (subrayado fuera del texto).

Lo anterior significa que el DIH, y más particularmente el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra aplicable en conflictos armados de carácter no internacional, tienen por objeto la protección de la población civil o de combatientes que han quedado por fuera de las hostilidades, y de los bienes civiles y culturales; y por ello no es legítimo derivar de su interpretación unas líneas que permitan desvanecer las barreras o contenciones a la dinámica de la guerra en detrimento de los principios de distinción³¹,

²⁷ Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Artículo 2.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁸ Artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos. Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁹ Artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 1º de la Convención Europea de Derechos Humanos. Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁰ Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston. A/HRC/14/24/Add.2. Marzo 31 de 2010.

³¹ En todo momento deberá distinguirse entre quienes participan directamente en las hostilidades y quienes no participan en las mismas y entre bienes civiles y objetivos militares.

limitación³² y trato humano³³, bases del derecho humanitario. No puede obviarse, y peor, olvidarse por parte del Legislativo y el Ejecutivo que la finalidad de ese marco normativo imperativo es la disminución de los sufrimientos y daños ocasionados por los conflictos armados, mediante la protección de las víctimas de los mismos y la limitación de los medios y métodos de guerra³⁴.

Sin embargo, con el pretexto de dar seguridad jurídica a los militares y policías en el marco de las hostilidades, surge la reforma constitucional contenida en el Proyecto de Acto Legislativo Nro. 192 de marzo de 2012 que fue presentada por el señor Juan Carlos Pinzón Ministro de Defensa tomando como base de su sustentación las conclusiones de la Comisión asesora designada para tal efecto. El citado proyecto, pretende la adición o modificación de los artículos 116, 152 y 221 de la Carta Política. Ello lo explican porque *“es una prioridad del Gobierno Nacional, y en este caso concreto del Ministerio de*

Este principio opera en cualquier situación de conflicto armado internacional o no internacional, e implica para los combatientes las siguientes obligaciones, las cuales se constituyen en reglas básicas del Derecho Internacional Humanitario:

- a) No será objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles.
- b) Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque.
- c) Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.
- d) No se utilizará a las personas civiles ni los bienes de carácter civil como escudo o resguardo para el desarrollo de operaciones militares.
- e) Deben tomarse las precauciones en el ataque, necesarias para preservar a la población civil y los bienes de carácter civil.

³²Este principio establece que las partes en un conflicto armado no tienen un derecho ilimitado para elegir los métodos y medios de combate.

Por medio de él se busca limitar el uso de la fuerza en el desarrollo de las hostilidades, con el fin de evitar daños excesivos y graves contra los combatientes y las personas y los bienes que no participan directamente en las hostilidades.

³³Establece que las personas protegidas serán tratadas con humanidad, respetadas y protegidas.

Este principio es el mínimo al que cualquier ser humano tiene derecho, en especial en caso de conflicto armado, y se constituye en una norma esencial que los combatientes han de respetar en cualquier circunstancia.

Las personas que se benefician de este principio son:

- Población Civil
- Personas puestas fuera de combate o las que han dejado de participar en las hostilidades por herida, enfermedad, detención o cualquier otra causa análoga
- Personas con estatuto especial de protección

El principio se aplica sin distinción alguna de carácter desfavorable, tales como sexo, raza, condición social o cualquier otro criterio análogo.

En virtud de este principio, está prohibido:

- a) Atentar contra la vida de las personas protegidas
- b) Atentar contra la dignidad, integridad y honor de las personas protegidas
- c) La tortura física o mental, los castigos corporales, los tratos crueles o degradantes, las mutilaciones, los experimentos médicos que no se justifiquen por tratamiento médico, la prostitución forzada y toda forma de atentado contra el pudor sexual
- d) La toma de rehenes
- e) Matar o herir a un adversario que se rinde o que está fuera de combate
- f) Los desplazamientos forzados de la población civil por razones relacionadas con el conflicto

Y ordena:

- a. Respetar, asistir y proteger a los heridos, enfermos y náufragos
- b. Respetar las garantías judiciales de las personas privadas de la libertad e igual que sus costumbres y creencias. Y garantizarles el derecho a mantener comunicación con su familia y recibir socorros
- c. Proteger y respetar el personal sanitario y religioso

³⁴Manual Básico de Doctrina y Protección Cruz Roja Colombiana 2002

Defensa Nacional, trabajar para proporcionar las mejores condiciones a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, y en tal sentido, se ha considerado necesario 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 suscita³⁵ (subrayado fuera del texto).

El proyecto, a groso modo, consigna cinco situaciones relevantes que producirán cambios estructurales en la interpretación de la normatividad internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y de la Constitución, en la institucionalidad jurídica penal, y en el equilibrio debido entre las Partes dentro del proceso penal cuando son militares y policías los investigados por conductas punibles. Tales situaciones son: a) los jueces penales militares, salvo excepciones, conocerán de las infracciones al DIH, b) los funcionarios judiciales que investiguen a militares y policías deben aplicar siempre el Derecho Internacional Humanitario, c) se crean dos instancias jurídicas integradas, entre otros, por militares activos o retirados con injerencia dentro de las investigaciones penales; d) nace una jurisdicción especial para los policías que no tenía precedente en el país y e) será del erario público de donde se cubrirán los gastos que demande la defensa técnica de los militares y policías investigados por delitos del servicios, comunes, infracciones al DIH, crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos.

- **La jurisdicción penal militar investigará infracciones al DIH**

Para blindar de “seguridad jurídica” a los militares y policías -no así a sus víctimas-, el proyecto de reforma constitucional establece que las infracciones al derecho internacional humanitario serán de competencia exclusiva de la jurisdicción penal militar y que una ley fijará las reglas de interpretación y aplicación del derecho internacional humanitario, y determinará la forma de armonizar este con el derecho penal³⁶.

La reforma establece que todo delito cometido por un miembro de las Fuerzas Armadas en relación con el servicio, será investigado por la jurisdicción penal militar. Innecesaria tal declaración pues ya la consagra el artículo 221 de la Constitución Política. Lo que adiciona la norma es una enunciación de los delitos que no estarán amparados por el fuero penal militar, tales como los crímenes de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado, violación y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y reclutamiento o uso de menores. Estipulación también innecesaria pues se infiere lógicamente que no son actos del servicio militar y así lo ha reconocido la jurisprudencia al excluirlos del conocimiento de la jurisdicción castrense.

Sin embargo, la lista que pareciera dar claridad a los militares en su afán de “seguridad jurídica”, no la ofrece para las víctimas y para la sociedad en general, ya que deja por fuera de la salvedad y, por ende en conocimiento de la jurisdicción penal militar, conductas que configuran graves violaciones a

³⁵Exposición de motivos proyecto de Acto Legislativo 192 de marzo de 2012.

³⁶Artículo 3 del Proyecto de Acto Legislativo que adiciona el artículo 221 de la Constitución Política.

derechos humanos como: los tratos crueles, inhumanos o degradantes, las lesiones personales que vulneran el derecho a la integridad personal; la detención arbitraria, el secuestro, las amenazas o la extorsión que constriñen el derecho a la libertad personal; o las violaciones a la libertad y autonomía sexuales detalladas en el estatuto de Roma y en el Código Penal, diferentes a la “violación y abuso sexual”; o las violaciones a la intimidad personal, como la violación de habitación ajena, de correspondencia, entre otros; o los actos de racismo y discriminación.

Pero adicionalmente, la reforma quiere que todas las infracciones al DIH sean de conocimiento exclusivo de la Jurisdicción penal militar, lo que podría conducir a que los delitos contenidos en el título III del Código penal que atentan contra la población y bienes protegidos por el DIH, cuando sean cometidos por agentes de las fuerzas militares y policiales dejen de ser investigados por la Fiscalía. Así entonces conocerá la jurisdicción castrense de crímenes tales como: el homicidio en persona protegida, las lesiones en persona protegida, los tratos inhumanos y degradantes en persona protegida, la destrucción y apropiación de bienes protegidos, la detención ilegal y la privación del debido proceso, prostitución forzada o esclavitud sexual, utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, perfidia, actos de terrorismo, tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, actos de discriminación racial, toma de rehenes, detención ilegal y privación del debido proceso, constreñimiento a apoyo bélico, despojo en el campo de batalla, omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, destrucción y apropiación de bienes protegidos, destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto, ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, represalias, atentados a la subsistencia y devastación, omisión de medidas de protección a la población civil, exacción o contribuciones arbitrarias, destrucción del medio ambiente. Excusándome de la larga relación, estas infracciones al DIH no están incluidas en la prohibición que trae la misma reforma constitucional.

Esta pretensión del Ministerio de Defensa de atribuir competencia exclusiva de las investigaciones por infracciones al derecho internacional humanitario a los jueces militares, es contraria al carácter excepcional y restrictivo de esta jurisdicción, cuya existencia solo está justificada para investigar delitos que ofenden los bienes jurídicos de carácter militar. Además también desconoce la interrelación existente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario en la perspectiva de ampliar el ámbito de protección de la persona humana, tal como lo ha sostenido la Comisión Interamericana de derechos humanos al señalar que “*la Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y el objetivo común de proteger la integridad física y la dignidad inherente al ser humano*”³⁷. Núcleo imperativo que no se suspende ni en tiempos de paz y menos de conflicto armado.

³⁷CIDH Informe No. 55-97, caso 11.137 *Juan Carlos Abella* (Argentina), 18 de noviembre de 1997, párr. 158. Ver también, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación 227/99- D.R. Congo c. Burundi, Ruanda y Uganda, 33ava sesión ordinaria de la Comisión Africana, mayo 2003, párrs. 64 y 65.

- El legislativo determinará los criterios de interpretación y aplicación del derecho internacional humanitario para Fiscales y Jueces.

Dice la reforma constitución al artículo 221 de la Carta Política 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 estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el derecho internacional humanitario”*.

De lo estipulado surge una primera pregunta en relación con la facultad que se otorgará el mismo legislativo para especificar reglas de interpretación y aplicación del DIH dirigidas a la Rama Jurisdiccional del Poder Público y a los jueces penales militares. Lo anterior sabiendo que los jueces y fiscales interpretan normas y principios generales del derecho como forma argumentativa para resolver casos concretos, o cuando se quiere sentar jurisprudencia. Tribunales de mayor jerarquía lo hacen con el objeto de fijar criterios estables de interpretación que sirva para situaciones futuras.

En el ámbito de la producción o establecimiento de normas, el legislador debe considerar como parámetros de su actividad la Constitución y los principios y garantías que ella reconoce e incorpora de la normativa internacional de los derechos humanos, y la medida de su función es la de regular situaciones generales y abstractas para todos los ciudadanos y ciudadanas, sin limitar a los jueces con una exegesis literal de formas argumentativas. Acerca de los poderes de la ley dice Perelman que *“los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933, demostraron que es imposible identificar el derecho con la ley. Hay principios que aunque no constituyen objeto de una legislación expresa, se imponen a todos aquellos para quienes el derecho no es solo expresión de la voluntad del legislador, sino de los valores que tiene por misión promover, entre los cuales figura en primer plano la justicia”*³⁸.

El razonamiento de los jueces para la toma de decisiones o sentencias -a donde quiere penetrar el Legislador con la reforma constitucional-, según diversas teorías, se puede obtener aplicando varios enfoques: el primero denominado lógico formal, por medio del cual *“la solución del problema consiste en señalar cuáles son las reglas de inferencia deductiva que autorizan el paso de las premisas a la conclusión”*³⁹. El Congreso define las reglas de interpretación para los jueces, y estos, sin otros elementos de raciocinio, las aplican en el caso concreto con base en un esquema argumentativo. Otro enfoque es el material, a partir del cual *“quien tiene que solucionar un problema material no puede adoptar en relación con los enunciados que funcionan como premisas una actitud hipotética, descomprometida como ocurría con la concepción formal, sino que tiene que comprometerse con su verdad o corrección y, en consecuencia con la verdad o corrección de la conclusión”*. El juez, más allá de la observancia de la norma, hace un juicio de valor sobre la veracidad de las reglas y llega a una conclusión fundamentado en la experiencia. Y finalmente, el enfoque pragmático sostiene que *“el juez que justifica su decisión trata también de ser persuasivo para las partes o para la comunidad jurídica en*

³⁸Teorías relativas al razonamiento judicial. Razonamiento judicial después de 1945 pe 97).

³⁹ Atienza, Manuel. “El derecho como argumentación”

general” y la conclusión adoptada busca alcanzar niveles de aceptación. (M. Atienza, El derecho como argumentación).

Las leyes o normas jurídicas en general forman parte de un cuerpo o sistema más amplio y complejo que incluye principios generales, garantías fundamentales, derechos y libertades para los seres humanos; la sola inclusión en una ley de lo que se ha denominado la “voluntad del legislador” desprovista de los valores contenidos en aquellos, es hoy incompatible con un Estado constitucional de derecho y llegar, como se pretende con la reforma aludida, a que esa voluntad única se convierta en el sustrato de justificación de las decisiones y las sentencias de los jueces es un retroceso inconmensurable, máxime si reconocemos el carácter de norma de *ius cogens* o imperativa al DIH, convertido en tratado de carácter internacional que no es plausible interpretar por la vía de ley.

- **Creación de nueva institucionalidad dentro de la Rama Jurisdiccional con participación de militares activos o en retiro**

Así las cosas, el Gobierno pretende crear nueva institucionalidad jurídica que altera los procedimientos y las competencias de la rama Jurisdiccional del Poder Público cuando de investigar penalmente a miembros de la Fuerza Pública se trata, provocando una injerencia indebida y caprichosa de la jurisdicción penal militar al interior de la jurisdicción civil u ordinaria. Primero crea una **Comisión Mixta** conformada por funcionarios de ambas jurisdicciones en casos en que “*en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurra algún hecho que pueda ser punible y existe duda sobre la jurisdicción competente para que constate inmediatamente lo sucedido y remita la actuación a la que corresponda*”. La exigencia constitucional de que cuando estas circunstancias ocurran las diriman los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, órgano civil incluido dentro de la estructura organizacional de la Rama Jurisdiccional, se modifica para trasladarle dicha función a un grupo híbrido de funcionarios de ambas jurisdicciones que no ostentan la jerarquía funcional para resolver dichas cuestiones.

Se parece esta figura a aquel Comité⁴⁰ creado por la Directiva 010 de 2007 del Ministerio de Defensa para el seguimiento a denuncias sobre casos de presuntos homicidios en persona protegida que tuvo como funciones: dar apoyo a las investigaciones penales y disciplinarias; realizar un diagnóstico de los factores que inciden en la eventual ocurrencia de este tipo de hechos; fortalecer los controles y hacer recomendaciones para llevar a Acuerdo de Comandantes y reunirse periódicamente con los organismos internacionales interesados en la problemática para recibir y evaluar la información que puedan proveer. Esta iniciativa por un tiempo permitió que la jurisdicción penal militar de manera voluntaria remitiera *algunas* investigaciones contra militares a la Jurisdicción ordinaria, sin embargo, dejaba en la discrecionalidad de las Fuerzas Armadas y del Ministerio de Defensa, la definición de la competencia que en el orden jurídico colombiano está adscrita a la Rama jurisdiccional del poder público.

⁴⁰Dicho Comité era integrado por el Ministro de Defensa o en su defecto el Viceministro de Asuntos Políticos y Temática Internacional quien lo presidirá, la máxima cúpula de las Fuerzas Armadas de Colombia, la Directora de la Justicia Penal Militar, los Coordinadores de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Militares y como invitados a las sesiones el Director General de la Policía Nacional y el Director del Programa Presidencial de Derechos Humanos.

En el año 2011 el Ministro de Defensa informó públicamente sobre la implementación de 15 medidas contra la impunidad y una de ellas permitió la creación de una **mesa técnica** que serviría de espacio de comunicación y análisis conjunto entre los funcionarios de la jurisdicción penal militar y la justicia ordinaria, con la participación del Ministerio Público. En este espacio se examinarían los expedientes con el fin de determinar la competencia.⁴¹ La directriz no concluye ni define los criterios sobre los cuales dichos funcionarios castrenses y civiles deberán tomar la decisión de fijar la autoridad que investigará, juzgará y eventualmente sancionará a los militares procesados por hechos delictivos. Esta medida, tal vez tomada con la intención de llegar a cero tolerancia con la impunidad desde la perspectiva gubernamental, conduce sin embargo a su reforzamiento.

Sea lo primero decir que el Ministerio de Defensa carece de toda facultad para definir criterios que permitan fijar la competencia de los jueces en Colombia, ni siquiera de los jueces penales militares a quienes la Constitución y la ley les ha determinado los asuntos y naturaleza de los procesos sobre los cuales asumen el conocimiento de las investigaciones penales; criterios que han sido reforzados por el Sistema Interamericano de derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, preestableciéndose que solo serán juzgados por los primeros aquellos delitos relacionados con el servicio militar, y en ningún caso será posible conocer de crímenes de lesa humanidad o de guerra, ni violaciones al derecho internacional humanitario. Tal vez por ello la frase contenida en el texto quedó incompleta.

En segundo lugar, dicha Mesa Técnica, con la apariencia de dar mayor celeridad y transparencia a las investigaciones que están en la jurisdicción penal militar y evitar a *posteriori* que se propongan colisiones de competencias, esto es, que jueces penales militares y fiscales pidan cada uno para sí el conocimiento de la investigación, acuerdan prematuramente la autoridad que quedará con el expediente penal, obviando principios trascendentales en relación con las garantías procesales, a saber: *i*) las diferencias entre ambas jurisdicciones las dirime el Consejo Superior de la Judicatura, y no es propio o de la esencia del proceso penal la realización de acuerdos entre los funcionarios militares y civiles, pues la materia que tratan es de carácter jurisdiccional y no administrativa, y está sujeta al respeto de los principios de imparcialidad e independencia judiciales, de doble instancia, debido proceso y derecho de defensa, y *ii*) estos acuerdos dejan fuera a los otros sujetos procesales de relevancia como los procesados, las víctimas y sus representantes judiciales. Por ende, lo que simulara un asunto de celeridad, lleva un trámite adicional por fuera del proceso penal, extra y sin controles de legalidad de las partes, pero que finalmente podrá ser corregido o desconocido a través de los recursos ordinarios interpuestos, esto sí ya dentro del proceso penal, dado que los convenios precedentes entre funcionarios de ambas jurisdicciones no tienen carácter obligatorio ni vinculante.

El Proyecto del Ministerio de Defensa va más allá en la defensa de la seguridad jurídica de los militares y policías y crea otra institución extraña a la estructura organizacional de la Rama Jurisdiccional y ajena a ella por la participación directa de miembros en reserva de la Fuerza Pública en la toma de decisiones

⁴¹Documento del Ministerio de Defensa. “Cero violaciones a los derechos humanos implica cero impunidad”. Julio de 2011. www.mindefensa.gov.co/irj/.../Mindefensa/.../medidas_impunidad.pd...

jurisdiccionales de carácter sustantivo o de fondo. El **Tribunal de Garantías Penales**⁴² tendrá como funciones servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública y controlar la acusación penal. La ruptura del orden jurídico y de las competencias de las autoridades judiciales como en este caso, trae como consecuencia la violación de los principios de independencia e imparcialidad de los operadores judiciales.

Se ha dicho que la imparcialidad e independencia de los Jueces y Tribunales que administran justicia se predica como presupuesto esencial para evitar o contrarrestar la impunidad, siempre más, si los crímenes son atribuidos a agentes del Estado. La imparcialidad “*supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes*”⁴³. El fundamento de la independencia de los Jueces se encuentra en los orígenes de la existencia del Estado de derecho para evitar injerencias indebidas entre las Ramas del poder público⁴⁴. Tribunales internacionales han sido reiterativos en afirmar que la Jurisdicción Penal Militar solo debe investigar y juzgar a militares por los delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar y se le suprime la competencia cuando hay violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Si un Estado permite que las investigaciones las dirijan órganos potencialmente implicados, la independencia e imparcialidad se ven claramente cuestionadas⁴⁵. Así lo concluyó la Misión Internacional de Observación sobre Ejecuciones Extrajudiciales e Impunidad llevada a cabo en Colombia en el año 2007, que cumplió con alertar sobre el incremento en el país de lo que se llamó posteriormente “*falsos positivos*” por los cuales la Fiscalía investiga 1.622 casos de presuntos homicidios atribuidos a agentes del Estado, que involucraban a 3.963 miembros de la fuerza pública⁴⁶ y los Jueces Ordinarios han dictado 148 sentencias condenatorias.

- Se crea la Jurisdicción Penal Policial

Establece el proyecto de acto legislativo que una “*ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales y adoptar un Código Penal Policial*”, pues “*ha sido una aspiración de la Policía tenerlo*”⁴⁷, y será totalmente previsible que los demás elementos de análisis esbozados en relación con

⁴²Los integrantes del Tribunal serán elegidos por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, pero el texto del Proyecto no dice cual será la autoridad del Estado que postulará a los aspirantes a dichos cargo. Por analogía se podrá presumir que será función del Presidente de la República.

⁴³Comité de derechos humanos, caso Karttunen c. Finlandia. Párr 7.2.

⁴⁴En Colombia la Jurisdicción penal militar hace parte de la Rama Ejecutivo del poder público, está integrada por militares en servicio activo que son juez y parte dentro de las acciones militares que desarrollan, son jueces de sus colegas, son en ocasiones quienes ordenan las operaciones que deben investigar y sancionar, tienen un arraigado “<espíritu de cuerpo> que a veces se interpreta erróneamente en el sentido de que los obliga a encubrir los delitos cometidos por sus compañeros de armas” hacen parte de un cuerpo fuertemente jerarquizado que dificulta, cuando no imposibilita, que tomen decisiones independientes de las órdenes de sus superiores, se reconocía la obediencia debida como eximente de responsabilidad.

⁴⁵C.I.D.H. caso Bolaños c. Ecuador, párr. 48 (1995), Hermanas González c. México, párr 81 (2001)

⁴⁶Informe de la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Enero 31 de 2012 Párr. 33

⁴⁷Fuero militar no provocará impunidad!: presidente de comisión. Cepeda dice que habría un tribunal de garantías para los miembros de la Fuerza Pública. <http://m.eltiempo.com/justicia/presidente-de-comisin-explica-propuestas-de-cambios-al-fuero-militar/11221141>.

la jurisdicción penal militar se apliquen a la policial, y se interpretará igual frente al DIH, a la remisión a esa nueva jurisdicción de todas las investigaciones contra policías por violaciones a esa normatividad internacional, que todas las operaciones y procedimientos de la policía se darán en el marco del conflicto armado, incluidas aquellas relacionadas con la seguridad ciudadana, propias de sus funciones civiles.

La Comisión interamericana de derechos Humanos se ha pronunciado en forma reiterada en el sentido de que las jurisdicciones especiales, como la militar o la policial, no constituyen un foro apropiado y por lo tanto no brindan un recurso adecuado para investigar, juzgar y sancionar posibles violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, presuntamente cometidas por miembros de la Fuerza Pública⁴⁸.

- Todos somos responsables de violar los derechos humanos

Se creará *“un fondo destinado específicamente a financiar la defensa pública técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en cualquiera de las dos jurisdicciones, bajo la orientación de la autoridad que determine la ley”*. En la actualidad, es la defensoría Militar (DEMIL) entidad de carácter privado *“pero cuya junta directiva está conformada por cinco generales activos del Ejército⁴⁹”* quien ejerce el derecho de defensa de los militares procesados. La Oficina en Colombia de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, sobre la actuación de la DEMIL y de sus abogados dijo que *“Los miembros de la fuerza pública acusados de graves violaciones de los derechos humanos, como todas las personas, tienen derecho a todas las garantías del debido proceso. Estas garantías no parecerían cumplirse cuando los acusados de haber participado en ejecuciones extrajudiciales son representados por la llamada Defensa Militar (DEMIL). Existen indicios de que la DEMIL antepone algunos intereses institucionales de las Fuerzas Militares sobre los derechos de los procesados. Así, por ejemplo, se obstaculiza que los acusados se acojan a sentencia anticipada o realicen declaraciones individuales sobre los niveles de participación en los hechos que pudieron haber tenido otros miembros del Ejército⁵⁰”*.

La Defensoría del Pueblo había denunciado públicamente que desconocidos se habían hecho pasar como delegados de la entidad para entrevistar a testigos en el caso del asesinato de los menores de Arauca. Estas personas –dice la Defensoría– pertenecían a la Defensoría Militar y llegaron en un helicóptero del Ejército⁵¹. Este tipo de maniobras fraudulentas para engañar a familiares de víctimas y testigos fue reiterada por la OACNUDH, quien expresó su preocupación porque *“En Granada*

⁴⁸CIDH, Informe No. 64/01, Petición 11.712, Leonel de Jesús Isaza Echeverry y otro, Colombia, 6 de abril de 2001, párr. 22.

⁴⁹En medio de polémicas se va el Director de la Defensoría Militar. http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-9092761.html

⁵⁰A/HRC/16/22. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina

del Alto Comisionado y del Secretario General. Febrero 3 de 2011. Párr. 29

⁵¹En medio de polémicas se va el Director de la Defensoría Militar. http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-9092761.html

(Antioquia) el 14 de enero, personal de la Defensoría Militar (DEMIL), que se hicieron pasar por funcionarios de la Fiscalía, intimidaron a varios testigos procesales y familiares de víctimas de presuntas ejecuciones extrajudiciales ocurridas en 2004 y atribuidas a efectivos del Batallón de Artillería No. 4 "Coronel Jorge Eduardo Sánchez Rodríguez" (BAJES).⁵²

Ahora bien, sin obviar la discusión que se origina de los elementos analizados en relación con la citada DEMIL, que, lejos de garantizar el derecho a la defensa técnica de los militares procesados penalmente por violaciones de los derechos humanos, busca la defensa de la institución castrense y en consecuencia, que no se avance en el esclarecimiento de la eventual responsabilidad de altos mandos militares, y si la práctica sistemática por ejemplo de ejecuciones extrajudiciales ha sido o no una política al interior de las fuerzas armadas. Se encuentra también el debate acerca de si debe provisionarse en el presupuesto nacional -que además destina las altas sumas de dinero para la guerra- los recursos públicos para pagar los honorarios de los abogados que ejercerán las defensas de quienes han actuado contrario a las normas internacionales, constitucionales. ¿Es legítima ésta prerrogativa para los violadores de los derechos humanos? ¿Por qué establecer diferencias con el ciudadano del común, a quien solo se le presta el servicio de la defensoría pública si carece de recursos económicos para su defensa técnica?

Tal diferenciación o discriminación positiva a favor de los militares y policías, tampoco encuentra su razón justificativa en que ellos son los que con las armas defienden la constitución y el Estado de derecho, pues para ello reciben sus emolumentos e igual suerte de bonificaciones o premios por el cumplimiento ajustado de sus deberes. Reformar la Constitución para plasmar una evidente violación al principio de igualdad de todos y todas, podría enviar el mensaje a otros funcionarios del poder público corruptos para utilizar el presupuesto público en la defensa de sus causas penales, pero más grave aún que sea la sociedad en su conjunto la que asuma la responsabilidad de las violaciones de los derechos humanos perpetradas por los agentes estatales.

Conclusión

Las reformas planteadas parecen ser una respuesta de los poderes ejecutivo y legislativo contra algunos avances importantes de la Rama jurisdiccional en el juzgamiento de altos mandos militares comprometidos en la violación de los derechos humanos, de políticos y agentes económicos que han sido condenados por sus vínculos con el paramilitarismo y pretenden asegurar, en nombre de la paz y la reconciliación la impunidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra que se han perpetrado en el país durante décadas. La anhelada PAZ es un propósito en el que la sociedad colombiana debe estar comprometida, pero ella no se logra canjeando los derechos de las víctimas por la tranquilidad de los victimarios. Al respecto *"las leyes de impunidad se han adoptado en nombre de la paz y la reconciliación, pero por lo general suprimen los derechos de las víctimas del terrorismo de Estado. En algunos casos, ha estimulado el resurgimiento de la violencia y ha asegurado la impunidad de los*

⁵²A/HRC/19/21. Add. 3 Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Enero 31 de 2012. Párr. 6 literal d.

gobiernos y sus agentes por crímenes graves sobre sus ciudadanos. Estas leyes han prevalecido principalmente porque los beneficiarios siguen en el poder, en la rama ejecutiva o en los cuarteles militares. El impacto de este fenómeno puede ser medido en torno a varias preguntas, por ejemplo: ¿cuántos agentes han sido enjuiciados y castigados?, ¿en cuántos casos sobre violaciones a los derechos humanos se han realizado investigaciones imparciales y exhaustivas?, ¿en cuántos casos se han establecido responsabilidades?, y ¿cuántas víctimas o sus familias ha recibido una indemnización justa?⁵³.

Estas son algunas medidas en el orden de la justicia que conducen a la impunidad, otras tantas se promueven para asegurar el modelo de desarrollo económico fortalecido el conflicto armado interno en Colombia, la paz sobre estas bases, será un camino estrecho y escabroso

Abril 23 de 2012

⁵³ *Manuel E. Ventura Robles* La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad.