

Bogotá D.C., 9 de octubre de 2020

Presidente

**ARTURO CHAR CHALJUB**

Senado de la República

Bogotá D.C.

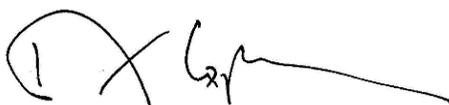
Asunto: Radicación Proyecto de Acto Legislativo No. \_\_\_\_\_ del 2020 *“Por medio del cual se modifica el artículo 221 de la Constitución Política con el fin de fortalecer la protección de los derechos humanos y la garantía a un tribunal independiente, imparcial y competente”*

Respetado Señor Presidente:

En nuestra condición de congresistas, nos disponemos a radicar ante el Senado de la República el presente proyecto de Acto Legislativo cuyo objeto es reformar el artículo 221 de la Constitución Política con el fin de fortalecer la protección de los derechos humanos y la independencia judicial.

En vista de lo anterior, presentamos el presente proyecto a consideración del Senado de la República, para iniciar el trámite correspondiente y cumplir con las exigencias dictadas por la Ley. Por tal motivo, adjunto original y dos (2) copias del documento, así como una copia en medio magnética (CD).

De las y los Congresistas,



**IVÁN CEPEDA CASTRO**

Senador de la República



**MARÍA JOSE PIZARRO**

Representante a la Cámara



**ANGÉLICA LOZANO**

Senadora de la República



**GUSTAVO PETRO U.**

Senador de la República

**IVAN MARULANDA**  
Senador de la República

**ANGELA MARÍA ROBLEDO**  
Representante a la Cámara

**ALEXANDER LÓPEZ**  
Senador de la República

**ANTONIO SANGUINO**  
Senador de la República

**JORGE ENRIQUE ROBLEDO**  
Senador de la República

**AIDA AVELLA**  
Senadora de la República

**GUSTAVO BOLIVAR**  
Senador de la República

**JORGE LONDOÑO**  
Senador de la República

**SANDRA ORTÍZ**  
Senadora de la República

**JUAN LUIS CASTRO**  
Senador de la República

**ABEL DAVID JARAMILLO**  
Representante a la Cámara

**WILSON ARIAS**  
Senador de la República

**FABIAN DÍAZ PLATA**  
Representante a la Cámara

**JOSE AULO POLO**  
Senador de la República

**WILMER LEAL**  
Representante a la Cámara

**JORGE GÓMEZ**  
Representante a la Cámara



**FELICIANO VALENCIA MEDINA**  
Senador de la República



**LEON FREDDY MUÑOZ**  
Representante a la Cámara



**INTI ASPRILLA**  
Representante a la Cámara

**Proyecto de Acto Legislativo No. \_\_\_\_ de 2020 Senado**

**“Por medio del cual se modifica el artículo 221 de la Constitución Política con el fin de fortalecer la protección de los derechos humanos y la garantía a un tribunal independiente, imparcial y competente”**

**ARTÍCULO 1.** Modifíquese el artículo 221 de la Constitución Política, el cual quedará así:

**ARTÍCULO 221.** De las conductas punibles, que no impliquen violaciones a los derechos humanos o delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, cometidas por los miembros de las Fuerzas 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. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

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

La Justicia Penal Militar será independiente del mando de las Fuerzas Militares.

**Parágrafo:** Las conductas punibles cometidas por los miembros de la Policía Nacional serán siempre conocidas por la justicia ordinaria.

## Proyecto de Acto Legislativo No. \_\_\_\_ de 2020 senado

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Colombia es estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los cuales exigen que las víctimas de violaciones de derechos humanos tengan acceso a un recurso efectivo para que estas violaciones sean debidamente investigadas y, si corresponde, procesadas y sancionadas<sup>1</sup>.

La independencia necesaria para investigar y juzgar graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública no suele estar garantizada cuando son las mismas autoridades militares y policiales las encargadas de investigar a sus miembros y juzgarlos en los tribunales militares. Por ese motivo, organismos regionales e internacionales de derechos humanos han criticado el uso de fiscales y tribunales militares en casos de violaciones de derechos humanos contra civiles, y han señalado que la competencia de los tribunales militares debe limitarse a aquellos delitos que son de naturaleza estrictamente militar.

#### I. Presentación y objetivos

El presente Acto Legislativo busca garantizar que las violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario sean juzgados por la justicia ordinaria, en consonancia con la jurisprudencia nacional y las recomendaciones recibidas por organismos internacionales de derechos humanos. Así mismo, teniendo en cuenta la naturaleza civil de la Policía Nacional, se propone que los crímenes eventualmente cometidos por agentes adscritos a esta institución sean de conocimiento exclusivo de la justicia ordinaria. Esta propuesta fue trabajada conjuntamente en una Mesa de Trabajo conformada por diversas organizaciones sociales y de derechos humanos.

---

<sup>1</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado el 16 de diciembre de 1966, Res. de la Asamblea General 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (N.º 16) en 52, Doc. de la ONU. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, art. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (“Pacto de San José de Costa Rica”), adoptada el 22 de noviembre de 1969, Serie de Tratados de la OEA N.º 36, 1144 U.N.T.S. 123, en vigor desde el 18 de julio de 1978, reimpresa en los Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser. L.V/II.82 doc.6 rev.1 en 25 (1992), ratificada por Colombia el 25 de mayo de 1973, arts. 1(1) y 25.

## II. Consideraciones

De acuerdo con numerosos instrumentos internacionales vinculantes para Colombia sobre derechos humanos, los Estados tienen las obligaciones generales de respetar y garantizar sin discriminación los derechos de las personas que están bajo su jurisdicción. La obligación de respetar ordena a todos los órganos que forman parte de la estructura estatal abstenerse de realizar conductas que vulneren dichos derechos. Por su parte, la obligación de garantizar comporta el deber de tomar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno goce de los derechos y libertades fundamentales. Esta última obligación establece varios deberes específicos, a saber: prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos que ocurran dentro de la jurisdicción estatal. Las obligaciones mencionadas han sido reconocidas, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En diferentes oportunidades, la Corte Constitucional ha reconocido que estos tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad<sup>2</sup>.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 2.1 que es obligación de los Estados que ratifican este instrumento “*respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto*”, sin discriminación. Al interpretar esta disposición, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que este artículo establece el marco general “*dentro del cual los derechos especificados en el Pacto se tienen que promover y proteger*”, razón por la cual no se admiten las reservas frente a este<sup>3</sup>.

Uno de los derechos reconocidos en ambos instrumentos es el de la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (art. 14 del PIDCP) y las garantías judiciales (art. 8 de la CADH). Esta igualdad implica el reconocimiento del derecho al debido proceso (art. 29 de la Constitución Política de Colombia) para todas las partes intervinientes, sin menoscabar las garantías de cada una. Una de las garantías fundamentales para garantizar el debido proceso es acceder a un tribunal independiente, imparcial y competente; esto sin embargo, no es exclusivo de los justiciables de la justicia penal. Las víctimas también tienen, en el marco de un recurso efectivo, derecho a que su causa y sus derechos sean determinados por un tribunal con dichas características<sup>4</sup>.

La noción de independencia de la justicia implica necesariamente que todo tribunal o juez debe ser independiente del poder ejecutivo y legislativo, así como también de las partes del

---

<sup>2</sup> Entre muchas otras sentencias en las que la Corte ha manifestado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace parte del bloque, cfr. Corte Constitucional, sentencias C-401 de 2005, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y C-355 de 2006, MM.PP.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Igualmente, en distintas oportunidades la Corte Constitucional ha reconocido que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos integra el bloque de constitucionalidad. Entre otras, cfr. Corte Constitucional, sentencias C-504 de 2007, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, y C-046 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

<sup>3</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).

<sup>4</sup> Andreu, Federico. “*Tribunales militares y graves violaciones a los derechos humanos*”. Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá: 2011.

proceso judicial. Esto significa que ni la judicatura ni los jueces que la componen pueden estar subordinados a otros poderes del Estado o a las partes involucradas en el proceso judicial. Una máxima del derecho internacional de los derechos humanos es que los jueces no solo deben ser independientes, “*el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable*”<sup>5</sup>. Por ello se ha suscitado un fuerte debate sobre el Fuero Penal Militar y su competencia e idoneidad para juzgar crímenes cometidos por miembros de la Fuerza Pública en la cual el sujeto pasivo de la conducta es un civil, dado que la apariencia de independencia se afecta al evidenciar que el juez es parte de la misma institución del sujeto procesal investigado.

Actualmente, dada la ambigüedad que existe sobre la norma que regula el Fuero Penal Militar, varias conductas penales relacionados con violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario están siendo conocidas por la jurisdicción castrense. Ello, debilita el goce efectivo e igualitario de las garantías de un juicio justo.

La Corte Constitucional de Colombia junto con diversos mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos ha manifestado claramente que la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional y debe estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales relacionados con las funciones asignadas por ley a los militares. Por lo tanto, los tribunales militares sólo deberían ser competentes para tratar crímenes o delitos que por su propia naturaleza amenazan los intereses legalmente protegidos del orden militar.

Con respecto a la competencia *ratione materiae* de los tribunales militares, es fundamental que las normas señalen con claridad que la jurisdicción de los tribunales militares es únicamente a los delitos que, por su naturaleza, están relacionados con el servicio, y debe tratarse únicamente del ámbito militar. La Policía, al ser un cuerpo armado de naturaleza civil, como lo establece el artículo 218 superior, no debería ser sujeto de este tipo de tribunales. En consonancia con la jurisprudencia de los mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos, la jurisdicción de los tribunales militares se debe limitar a los delitos de carácter estrictamente militar, es decir, a los delitos que por su propia naturaleza se refieren exclusivamente a los intereses de orden militar legalmente protegidos.

En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia ha reiterado que la jurisdicción de los tribunales ordinarios siempre debe prevalecer sobre la de los tribunales militares en casos referentes a delitos presuntamente relacionados con violaciones graves de derechos humanos, incluso cuando los presuntos actos fueron cometidos por personal militar o policial. En caso de duda, la jurisdicción ordinaria debe prevalecer sobre la jurisdicción militar en la clarificación o la determinación de los hechos de un caso, como han reiterado los mecanismos internacionales de derechos humanos y la Corte Constitucional colombiana.

Cuando la conducta investigada de entrada se dibuja, contraria al ejercicio de la función constitucional asignada a la fuerza pública y transgrede en forma grave derechos

---

<sup>5</sup> ONU – Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. Doc. ONU CCPR/C/ GC/32. 23 de agosto de 2007. Párr. 21. Ver también: A/HRC/20/19, párr. 26.

fundamentales, el juzgamiento de la misma debe corresponder indudablemente a la justicia ordinaria. Así lo reiteró la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento: *“Las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, rompen con su sola comisión, por acción u omisión, el nexo funcional con el servicio; el delito así ejecutado comporta que el agente se aparta, genera una ruptura con el servicio que le corresponde prestar, al adoptar un tipo de comportamiento distinto del que aquél le impone y por ello el juzgamiento de los resultados antijurídicos no puede en modo alguno ser objeto de conocimiento de la jurisdicción penal militar, sino de la justicia ordinaria.”*<sup>6</sup>

La jurisprudencia también señala que las conductas que se dan en el marco del servicio no resultan por sí derivadas de él ni suficientes para predicar que los hechos materia de juzgamiento deban ser conocidos por la jurisdicción militar.

En su informe sobre su visita a Colombia en 1997, el Relator Especial constató que *“la jurisdicción militar es una de las razones principales de la impunidad en Colombia”*<sup>7</sup>. El Relator señaló que:

*“[L]a eficacia de los tribunales militares en investigar y juzgar los delitos cometidos por miembros de las fuerzas armadas varía según la naturaleza del delito juzgado por estos tribunales. Según informes, cuando el delito se tipifica en reglamentos internos de la policía o las fuerzas armadas, los tribunales penales militares han aplicado sentencias muy severas. Sin embargo, la situación es muy diferente cuando el delito investigado ha sido cometido contra civiles (hurto, lesiones, homicidio, etc.); un alto porcentaje de estos casos termina con la suspensión de las actuaciones (...) [esto] obedece a deficiencias estructurales del sistema judicial militar, que garantiza que los oficiales militares y policiales no reciban una sanción penal por dichos delitos”*<sup>8</sup>.

De forma similar el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que el hecho de que las violaciones a los derechos humanos y abusos atribuidos a miembros de los cuerpos policiales no hayan sido investigados por un órgano independiente, contribuye a crear un clima de impunidad<sup>9</sup>.

#### **A. Los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario no tienen relación con el servicio**

El derecho internacional humanitario es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Luego su fin ulterior es

---

<sup>6</sup> SP3448-2019 Radicación No. 45846. veintiuno (21) de agosto dos mil diecinueve (2019).

<sup>7</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/39/Add.2, de 30 de marzo de 1998, párrafo 130

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Observaciones finales - Sri Lanka, de 23 de julio de 1995, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.56, par. 15; Observaciones finales - Belarús, de 19 de noviembre de 1997, documento CCPR/C/79/add.86, par. 9.

la protección de todas las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades, además de la limitación de los medios y métodos de guerra.

El propósito central del derecho internacional humanitario es mitigar el sufrimiento humano en la guerra<sup>10</sup>. No se erige para que el esfuerzo bélico se realice con mejores o más eficaces métodos, sino que procura establecer límites para proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que dejan de hacerlo. Igualmente, protege ciertos bienes. El DIH no es permisivo, no autoriza comportamientos o conductas. Por el contrario, sus normas constituyen un catálogo de prohibiciones que protegen a las personas y bienes. Tanto en conflictos armados internacionales como en aquellos de carácter no internacional, el DIH tiene un sentido protector y preventivo, porque busca que bajo ninguna circunstancia se presenten acciones inhumanas que afecten a quienes no participan en las hostilidades, limitando a las partes en el uso de métodos y medios durante la guerra. Su aplicación es concomitante y simultánea a las hostilidades e incluso posterior a las mismas hasta que se logre un acuerdo pacífico<sup>11</sup>.

La Corte Constitucional, desde su jurisprudencia temprana, ha manifestado expresamente que *“las reglas del derecho internacional humanitario son hoy, -por voluntad expresa del Constituyente-, normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son “en todo caso” como lo señala significativamente la propia Carta”*<sup>12</sup>. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho internacional humanitario guarda una relación inescindible con la ética humana. Tal valoración se puede extraer de la sentencia C-664 de 2013 que señala:

*“En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del ius cogens o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle más adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios. El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo”*<sup>13</sup>.

Los crímenes de guerra son crímenes contra el derecho internacional, o sea que son crímenes que atentan contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Constituyen *delicti iuris gentium*, que atentan contra la comunidad de intereses jurídicos

---

<sup>10</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párrafo 159

<sup>11</sup> Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Caso del Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párrafo 70

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

<sup>13</sup> M.P.: Alberto Rojas Ríos

reconocidos como tales por la comunidad de los Estados o el orden público internacional. De allí que su represión este sometida a ciertas reglas - jurisdicción universal, imprescriptibilidad, obligación de extraditar, no amnistía, entre otras<sup>14</sup> – que también se predicán de los crímenes de lesa humanidad.

Con el Acto Legislativo 01 de 2015 que modificó el artículo 221 de la Constitución, se dio a entender que los ilícitos contra el derecho humanitario, tienen el carácter de delito militar, “delito de función” o, al menos, requieren que el juzgador tenga conocimientos jurídicos propios del derecho penal militar.

Bajo estos argumentos, homicidios arbitrarios e intencionales, tortura, desaparición forzada, violencia sexual y desplazamiento forzado e ilegal de población civil serían delitos militares o de resorte de la jurisdicción militar, cuando son cometidos dentro de un contexto de conflicto armado y en relación con éste. Equiparar los crímenes de guerra o las infracciones al Derecho internacional humanitario al delito estrictamente militar o al “delito de función” no tiene, desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, ninguna lógica jurídica ni fundamento conceptual<sup>15</sup>.

Es necesario señalar que aunque efectivamente las fuerzas militares de los estados participan en las confrontaciones armadas y están obligadas a aplicar las normas del DIH, **la Corte Constitucional indicó que las violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al DIH no guardan relación con la función constitucional de las fuerzas militares y en consecuencia no existe razón para que su juzgamiento lo adelante la justicia castrense.**

La jurisprudencia constitucional ha señalado que “*el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada*”<sup>16</sup>, tal como ocurre con las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Es claro que las conductas constitutivas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, consagradas en el artículo 8 del Estatuto de Roma, 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*”.

La jurisdicción penal militar no es competente para investigar infracciones al Derecho Internacional Humanitario consagradas en el Título II de nuestro Código Penal. Los funcionarios del fuero militar no son el juez natural<sup>17</sup> y carecen de independencia e

---

<sup>14</sup> Andreu, Federico. Op. Cit.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-357 de 1997. M.P. Jose Gregoria Hernández Galindo.

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de La Rochela vs Colombia, sentencia del 11 de mayo de 2007, párr. 200.

imparcialidad<sup>18</sup> para investigar graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario<sup>19</sup>. En consecuencia, las infracciones a éste deben ser excluidas expresamente de toda regla de asignación de competencia a la jurisdicción castrense.

Al respecto es imperativo reconocer que no existe identidad entre los bienes jurídicos que protege el derecho penal militar, y los bienes que protegen los crímenes de guerra, los primeros referidos al adecuado funcionamiento de la disciplina castrense, los segundos estatuidos para la protección de la dignidad humana, la vida, la integridad personal, la libertad personal y el debido proceso. Por otro lado, como lo señaló el primer abogado general ante la Corte de Casación de Bélgica, Sr. André Andries, en el XIV Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra, mientras que los crímenes de guerra tienen su fundamento en la necesidad de proteger un orden jurídico mundial, la jurisdicción penal militar tiene su razón de ser en el mantenimiento de la disciplina militar en provecho de los intereses nacionales, o en otras palabras de los gobiernos<sup>20</sup>.

Asimismo, cabe destacar que altas cortes y tribunales de justicia en la región han proferido jurisprudencia excluyendo las infracciones al Derecho Internacional Humanitario del ámbito de competencia de los tribunales militares. Así, al analizar el alcance de la noción de “delito de función”, el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia concluyó que la tortura, el homicidio, la desaparición forzada, y cualquier otro delito que implique un *“atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y aquellas conductas que son abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública, que por su sola comisión rompen el nexo funcional del agente con el servicio, en todos estos casos corresponderá a la justicia ordinaria aprehender la investigación y el juzgamiento de esta clase de conductas”*<sup>21</sup> y no pueden ser considerados delitos de función o de servicio<sup>22</sup>.

Así también lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana al señalar que las infracciones al derecho internacional humanitario no guardan relación estrecha con el servicio:

*“Para que un miembro activo de la fuerza pública sea investigado y juzgado por la justicia penal militar es presupuesto indispensable que el comportamiento realizado tenga una vinculación directa con el servicio. Esto significa que los actos deben estar orientados a realizar los fines que constitucionalmente le han sido asignados, pero en el desarrollo de ellos se presenta un exceso cuantitativo.*

---

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Durand y Ugarte vs Perú, sentencia del 16 de agosto de 2000, párr. 125.

<sup>19</sup> Caso 12.416 Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, peritaje del doctor Alejandro Valencia Villa presentado en audiencia pública el 27 de junio de 2012 y complementado por escrito.

<sup>20</sup> André Andries, “Lois et procédures nationales”, in *XIV Quatorzième Congrès, Athènes (Grèce), 10-15 mai 1997, Investigation et poursuites des violations du droit des conflits armés, Volume I*, Recueils de la Société internationale de droit militaire et de droit a la guerre, Bruxelles 1999, p. 332. Citado en: Federico Andreu-Guzmán, Op. Cit. p. 102

<sup>21</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, Sentencia de 12 de febrero de 2009, Radicación No. 110010102000200900097 01 – 1134, p. 53.

<sup>22</sup> Andreu, Federico. Op. Cit.

*(...). No basta, en consecuencia, una simple relación temporal o espacial entre el delito cometido y la función desarrollada, como en aquellos casos en que con ocasión o causa del servicio se desvía en forma esencial la actividad inicialmente legítima para realizar conductas punibles que desbordan la misión constitucional asignada. (...). **Hay ciertos comportamientos que siempre son ajenos al servicio, como aquellas violaciones graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, porque en ellas no puede afirmarse que la fuerza pública está realizando un fin constitucionalmente legítimo**”<sup>23</sup> (énfasis propio).*

Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario representan acciones deliberadas contra la dignidad humana, por lo tanto, es totalmente extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública, particularmente de las Fuerzas Militares, por lo que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que *“la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria”*<sup>24</sup>.

En suma, dado que la jurisdicción penal militar es una excepción al principio de igualdad ante la ley, su ámbito de aplicación debe ser absolutamente restringido a los bienes jurídicos castrenses: honor, obediencia, disciplina. Ello implica la necesaria exclusión de su conocimiento de violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, en tanto no constituyen de manera alguna, delitos de función, ni guardan ninguna relación con el servicio o con el bien jurídico a proteger por la jurisdicción castrense.

## **B. Existe simultaneidad y complementariedad entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)**

En relación con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en la sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013, la Corte Constitucional al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del acto legislativo 01 de 2012, *“Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política”*, dijo:

*“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplica en todo momento según las obligaciones internacionales a las cuales el Estado se ha sometido, sin embargo cuando se está ante un conflicto armado interno, ya no es sólo aplicable este ordenamiento jurídico, sino que también, entran a aplicarse las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario convencionales –como los cuatro Convenios de Ginebra, y concretamente, el Protocolo II de estos Convenios–. En este punto se inicia una relación entre ambos ordenamientos internacionales, que no debe ser conflictiva, sino que debe ser armónica con miras a proteger los derechos de manera más eficiente y acorde con las circunstancias. Incluso, ambos ordenamientos internacionales comparten una finalidad, y es la de proteger la vida y la integridad física de los seres humanos, por eso*

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*tienen normas similares sobre la protección a la vida y la prohibición de la tortura, tratos crueles e inhumanos, estipulan derechos fundamentales de las personas contra las cuales se inicia un proceso penal, prohíben la discriminación y disponen normas sobre la protección de mujeres y niños”<sup>25</sup>.*

En virtud de lo anterior, los Tribunales Penales Internacionales conciben la aplicación de disposiciones del DIDH a la hora de juzgar infracciones al derecho internacional humanitario en tanto crímenes de guerra, entre otros crímenes internacionales. La Corte Penal Internacional (en adelante CPI), en el artículo 21.3 del Estatuto de Roma establece, a propósito del sistema de fuentes aplicable a dicha jurisdicción, que: “3. *La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición*”.

Lo anterior permite establecer que a la hora de desarrollar juicios penales internacionales se hace necesario brindar una aplicación ininterrumpida de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Así, cuando se juzgan infracciones al DIH, calificadas como crímenes de guerra o cualquier otro crimen internacional, las normas de los derechos humanos deben ser la base fundamental de dicho procedimiento, tanto para proteger los derechos de las víctimas, como los de los procesados.

En ese mismo sentido, Antonio Cassese, jurista internacional y presidente del Tribunal Especial para el Líbano, expresó que:

*“los derechos humanos se entrelazan con el derecho penal internacional también en relación con los derechos fundamentales de los diversos participantes en los procesos penales internacionales. Este aspecto del derecho penal internacional ha hecho grandes avances desde la época de los juicios de Nuremberg y Tokio; ahora se considera axiomático que el tribunal internacional debe respetar plenamente estándares internacionalmente reconocidos en relación con los derechos de los acusados en todas las etapas de sus actuaciones”<sup>26</sup>.*

Esta posición ha venido siendo confirmada por los mismos jueces de la CPI a través de sus jurisprudencias. La Sala de Apelaciones, en el proceso del fiscal contra Thomas Lubanga Dyilo, ha “*subordinado la interpretación y la aplicación del derecho aplicable en virtud del Estatuto al respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Se exige que la Corte ejerza su competencia de una manera que sea compatible con esos derechos*”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia C-579 de 201. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>26</sup> Antonio Cassese et al., *International Criminal Law – Cases and Commentary*, (Tercera Edición, 2013), Oxford University Press, p. 41

<sup>27</sup> CPI, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, ICC-01/04-01/06 (OA4), 14 December 2006, parágrafo 36 (traducción libre).

Diferentes órganos de Naciones Unidas se han pronunciado sobre el respeto de los derechos humanos en situaciones de guerra, siendo una de las normas más relevantes la resolución XXIII adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán en mayo de 1968. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General No. 29, en relación con la posibilidad de suspensión de determinados derechos en el marco del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha establecido que:

*“El párrafo 1 del artículo 4 establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario.*

*Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia”<sup>28</sup>.*

Asimismo, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en Colombia, refiriéndose a lo dicho por el relator de Naciones Unidas para las ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias, en su informe de 2004, citó:

*“(…) En la actualidad la opinión más extendida es que la protección que ofrecen las normas internacionales de derechos humanos y la que ofrece el derecho internacional humanitario coinciden en el tiempo y el espacio y que ambos conjuntos normativos se aplican simultáneamente a menos que se produzca un conflicto de leyes entre ellos. En caso de que se produzca ese conflicto, debería aplicarse la *lex specialis*, aunque sólo en la medida en que la situación de que se trate entrañe un conflicto entre los principios aplicables en el marco de los dos regímenes jurídicos internacionales. La Corte Internacional de Justicia ha rechazado explícitamente el argumento de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé únicamente la protección de los derechos humanos en tiempo de paz:*

*(…) La protección que otorga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se suspende en tiempo de guerra, excepto en función de lo dispuesto en el artículo 4 [suspensión en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación]. Sin embargo, esa suspensión no se aplica en relación con el respeto del derecho a la vida. En principio, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida se aplica también en las hostilidades. No obstante, la prueba de lo que es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada en esos casos por la *lex specialis* aplicable, a saber, el*

---

<sup>28</sup> Documento HRI/GEN/1/Rev.7 at 215 del 31 de agosto de 2001

*derecho aplicable en los conflictos armados, que está concebido para reglamentar la conducción de las hostilidades”<sup>29</sup>.*

En el año 2000 la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, señaló que, con independencia de que en un Estado se desarrolle un conflicto armado, persiste la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos:

*“La Corte ha considerado demostrado que, al momento de los hechos del presente caso, se desarrollaba en Guatemala un conflicto interno (supra 121 b). Como ya se ha afirmado (supra 143 y 174) este hecho, en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaban a actuar en manera concordante con dichas obligaciones”<sup>30</sup>.*

En el contexto colombiano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la responsabilidad internacional del Estado colombiano en la desaparición forzada de 11 personas en los hechos de la toma y retoma del Palacio de Justicia en el año 1985. La Corte en esta oportunidad tuvo que resolver cuestiones de trascendental importancia, como el rol de la justicia penal militar, la tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el ordenamiento interno, plazo razonable, entre otros tantos temas, pero asimismo sobre la complementariedad del DIH y el DIDH, para lo cual trajo a colación el concepto presentado por el perito Carlos Castresana con quien manifiesta coincidencias. Concretamente señaló la Corte que:

*“(…) La Corte no ignora la situación de especial tensión y caos en que se encontraban las autoridades estatales luego de que culminó el operativo de recuperación del Palacio de Justicia. No obstante, advierte que inclusive en una situación de conflicto armado, el derecho internacional humanitario incluye obligaciones de debida diligencia relativas al correcto y adecuado levantamiento de cadáveres y los esfuerzos que deben adelantarse para su identificación o inhumación con el fin de facilitar su identificación posterior. En sentido similar, el perito Carlos Castresana señaló que: [l]a existencia de un conflicto no exonera a los Estados de ninguna de sus obligaciones de respetar y hacer respetar su ordenamiento jurídico interno en beneficio de los ciudadanos, ni le releva de sus compromisos frente a la comunidad internacional, pues las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos conservan su vigencia y acentúan su importancia aún en situación de conflicto. Más bien al contrario, el Estado debe incrementar su diligencia en el cumplimiento de su deber de respeto de los derechos humanos, que en caso de conflicto hace entrar en aplicación normas que no son aplicables en ausencia de éste; y debe, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad en que la situación de conflicto sitúa per se a los no combatientes, extremar su diligencia en el cumplimiento de su deber de garantía, que exige e incluye [...] los deberes de prevenir las violaciones de los derechos humanos, y producidas éstas, provengan de*

---

<sup>29</sup> Derecho internacional humanitario Conceptos básicos Infracciones en el conflicto armado colombiano (Segunda edición actualizada, enero de 2013). Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado Colombia, p. 141 y 142.

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrafo 207.

*actores estatales o no estatales, [...], a su vez implica las obligaciones de investigar, perseguir y castigar a los responsables, y reparar a las víctimas”<sup>31</sup>.*

En sentido similar se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en observaciones realizadas al Estado Colombiano, precisamente sobre las múltiples reformas a la justicia penal militar que se han adelantado en el país durante los últimos años. Fue enérgica la Comisión al llamar la atención del Estado por el constante error en el que incurre cuando argumenta que el DIH, en tanto norma especial que regula la conducción de hostilidades, se aplica de forma excluyente al derecho internacional de los derechos humanos. Lo señaló de la siguiente manera:

*“No obstante, la Comisión considera que **no es válido ni ajustado a derecho el argumento según el cual, las infracciones al DIH y las violaciones de derechos humanos se incorporan de manera excluyente en el derecho penal interno de los Estados.** Tal como ha explicado la Comisión en los párrafos precedentes, los cuerpos normativos del DIH y el derecho internacional de los derechos humanos **son complementarios**, y en algunos casos, la misma conducta típica regulada por el derecho interno puede responder a uno u otro marco normativo, de acuerdo con las circunstancias que rodearon la comisión del hecho. **Esta interpretación resulta aún más aplicable en el caso de Colombia**, en el que muchas violaciones de derechos humanos se encuentran tipificadas en el capítulo del Código Penal correspondiente a delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Por otra parte, en la mayoría de los casos, han sido cortes civiles, a nivel nacional e internacional, las encargadas de investigar y sancionar casos de crímenes de guerra” (negritas fuera de texto)<sup>32</sup>.*

Sobre la complementariedad de estos dos cuerpos axiales y normativos también se ha pronunciado la Corte Constitucional del país. En 1999 el máximo tribunal constitucional señaló:

*“La mencionada convergencia de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de las normas del Derecho Internacional Humanitario ha sido reconocida por este Tribunal en otros casos, en los cuales declaró que los Estados demandados habían cometido violaciones a la Convención Americana por sus actuaciones en el marco de un conflicto armado de índole no internacional”<sup>33</sup>.*

En la sentencia C-291 de 2007 la Corte fue enfática en señalar la interacción existente entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos:

*“El componente del principio humanitario consistente en la obligatoriedad de respetar las garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias básicas durante*

---

<sup>31</sup> Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, sentencia del 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 496.

<sup>32</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13 31 diciembre 2013, párrafo 451.

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-156 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

*los conflictos armados, constituye uno de los principales nodos de interacción del Derecho Internacional y Constitucional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En efecto, las garantías mínimas y salvaguardas humanitarias que forman parte del principio humanitario, corresponden a su vez a las disposiciones cardinales del derecho de los derechos humanos, que están plasmadas como obligaciones no derogables y derechos no sujetos a suspensión durante estados de emergencia.*

*Esta interacción, en el seno del principio humanitario, del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos más esenciales, confirma que estos dos ordenamientos jurídicos se complementan mutuamente en tiempos de confrontación armada, y que ambos comparten el objetivo cardinal de proteger los derechos básicos y la dignidad de la persona, en tiempos de guerra y de paz, limitando el poder de los Estados y de las organizaciones para salvaguardar un núcleo básico de garantías fundamentales de las que son titulares todas las personas, sin discriminación. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha afirmado, como uno de los principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, el que “los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados”. La interrelación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adquiere una especial fuerza en los conflictos armados internos: “es precisamente en situaciones de conflicto armado interno que esas dos ramas del Derecho internacional convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente”. En igual sentido, el Preámbulo del Protocolo Adicional II dispone que “los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”, y el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha precisado que “las leyes de la guerra no desplazan necesariamente a las leyes que regulan las situaciones de paz; aquellas pueden añadir elementos requeridos por la protección que debe ser otorgada a las víctimas en situaciones de guerra”.*

*Más aún, es claro que en los casos de conflictos armados internos, las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario se aplican de manera concurrente e interactúan de distintas formas en su aplicación a situaciones concretas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en este sentido, que “en ciertas circunstancias (...) es necesario aplicar directamente normas de derecho internacional humanitario, o interpretar disposiciones pertinentes de la Convención Americana, tomando como referencia aquéllas normas”, y ha precisado que ello se deriva de las relaciones específicas que existen entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, el cual constituye para ciertos efectos *lex specialis*, puesto que a pesar de que “los tratados sobre derechos humanos son aplicables tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflictos armados”, las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, tanto convencionales como consuetudinarias, proveen regulaciones mucho más detalladas que el DIDH para*

*proteger los derechos de las víctimas en situaciones de conflictos armados y regular los métodos y medios de combate. Dado que el objetivo mismo del DIH es el de limitar los efectos de los conflictos armados sobre sus víctimas, “es comprensible que las disposiciones del Derecho humanitario convencional y consuetudinario otorguen, en general, una protección mayor y más concreta para las víctimas de los conflictos armados, que las garantías enunciadas de manera más global en la Convención Americana y en otros instrumentos sobre derechos humanos”. No obstante lo anterior, la Comisión Interamericana ha subrayado la coincidencia en las metas de protección de ambos ordenamientos, señalando que “al igual que otros instrumentos universales y regionales sobre derechos humanos, 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 del ser humano”. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha recordado que “de conformidad con la Carta de la Organización de los Estados Americanos y teniendo presentes todas las disposiciones aplicables del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación, los derechos humanos y libertades fundamentales deben ser siempre respetados, incluso en las situaciones de conflicto armado”<sup>34</sup>.*

Una cosa se debe resaltar especialmente de este razonamiento de la Corte y es que, así como los órganos del sistema universal e interamericano de protección, la Corte Constitucional entiende que el ordenamiento jurídico-constitucional colombiano incorpora el DIH y el DIDH con una concepción de integralidad y complementariedad en la protección de los derechos.

El tratadista Jean Pictet logra identificar tres principios aplicables comunes al DIH y al DIDH, a saber: (i) inviolabilidad, que se refiere a los atributos inseparables de la persona (vida e integridad física y psíquica); (ii) no discriminación, que significa que todos deberán ser tratados sin distinción desfavorable de ningún tipo; y (iii) seguridad, alude a la seguridad personal, por lo que se adoptan medidas de salvaguardia (como, por ejemplo, garantías judiciales). Por su parte, se tiene que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, a través de sus prohibiciones protege cuatro de los derechos básicos que son también protegidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y que constituyen los derechos humanos mínimos que deben respetarse en casos de conflictos armados: la vida, la integridad personal, la libertad personal y las garantías judiciales<sup>35</sup>.

### **C. El carácter excepcional y restrictivo de la jurisdicción penal militar**

Aunque no existe ningún tratado que prohíba la existencia *per se* de la jurisdicción penal militar, si se ha instado desde diferentes instancias a todos los países que cuentan con una jurisdicción especializada en lo castrense, a que esta cumpla con los principios básicos que guían la independencia de la Judicatura.

---

<sup>34</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda.

<sup>35</sup> Jean Pictet, Principios Fundamentales de la Cruz Roja. Comentario, Federación Internacional de la Cruz Roja, 1979.

En ese sentido el Comité de Derechos Humanos primero en su Observación No. 13<sup>36</sup> y luego en su Observación No. 32 que la sustituye, insiste en que los requisitos de independencia e imparcialidad se aplican a todos los tribunales “*sean ordinarios o especializados, civiles o militares*”<sup>37</sup>. Para el Comité, “*el requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna*”<sup>38</sup> y “*toda situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente*”<sup>39</sup>.

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha cuestionado la independencia e imparcialidad de los tribunales militares, por carecer ellos de “*muchos de los requisitos de un juicio imparcial*”, como, por ejemplo, “*el hecho de que se permita que los oficiales en servicio activo formen parte*” de ellos, o “*tengan derecho de alegar en su defensa las órdenes de un superior*”<sup>40</sup>. También los Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre tortura, sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, y sobre independencia de jueces y abogados, han señalado que la adecuación de la justicia penal militar a los estándares de independencia y autonomía de la función judicial, implica elementos tales como<sup>41</sup>:

- Una clara distinción entre quienes llevan a cabo actividades operativas y los miembros del poder judicial militar, quienes no deben ser parte de la línea de mando normal
- La constitución de los tribunales militares mediante un equipo de jueces que tengan formación jurídica
- La verificación de que los encargados de la investigación y procesamiento de los distintos casos sean también totalmente independientes de la jerarquía militar normal y reúnan las condiciones profesionales necesarias, de no ser funcionarios de una dependencia especializada de la Fiscalía.

---

<sup>36</sup> En su momento el Comité expresó: “en algunos países, esos tribunales militares (...) no proporcionan las garantías estrictas para la adecuada administración de la justicia, de conformidad con las exigencias del artículo 14, que son fundamentales para la eficaz protección de los derechos humanos”. Comité de Derechos Humanos, Observación General 13. Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (art. 14), 13 de abril de 1984. Doc. HRI/GEN/1/Rev.2, párr. 4

<sup>37</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General 32. Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (art. 14), CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 22

<sup>38</sup> Ibidem, párr. 19

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales al 4to Informe periódico de Colombia. Doc. CCPR/C/79/Add.76, párr.18

<sup>41</sup> OACNUDH. Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derecho internacional de los derechos humanos y justicia penal militar. Disponible en: <http://www.menschenrechte.org/lang/de/verstehen/derecho-internacional>

Para el caso de Colombia, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en 1992 y 1997, en el marco del examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>42</sup> instó al Estado colombiano a que:

*“(...) fortalezca las salvaguardias para el individuo ante las fuerzas armadas; limite la competencia de los tribunales militares a las cuestiones internas de disciplina y asuntos análogos de manera que las violaciones de los derechos de los ciudadanos correspondan a la competencia de los tribunales civiles, y disuelva todos los grupos paramilitares.”*

Así, tanto en los escenarios de protección de los derechos humanos, como en el ámbito de las jurisdicciones nacionales, se ha fortalecido una tendencia a reducir la competencia de las jurisdicciones castrenses tanto *ratione tempore*, como *ratione materiae* y *ratione personae*. Esta misma dirección, han seguido algunos países en los que ha operado una suerte de absorción de lo militar por lo civil, en lo que tiene que ver con el procedimiento penal y la composición de la administración de justicia, para el tratamiento de asuntos castrenses<sup>43</sup>.

#### **D. Esfera de intervención de la Jurisdicción Penal Militar: la limitación material, temporal y personal de la Jurisdicción Penal Militar**

Aunque pocos instrumentos internacionales de derechos humanos se refieren a la restricción de la competencia de la jurisdicción penal militar, esta regla se ha desarrollado de manera profunda en la doctrina y jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos, tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de protección.

Entre los instrumentos que se refieren expresamente a la limitación de la actuación de la jurisdicción militar se encuentran la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 16.2)<sup>44</sup> y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo IX)<sup>45</sup>, que conciben expresamente la exclusión de la jurisdicción militar como escenario de juzgamiento y sanción de este crimen internacional. Por su parte, el Conjunto de principios actualizado para la protección y la

---

<sup>42</sup> Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia. 25/09/92. CCPR/C/79/Add.2. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/CCPR-C-79-ADD-2.html> y <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cddh/Declaracion%20President%202053%20Comision%20DH%201997.html>

<sup>43</sup> Andreu, Federico. Op. Cit. pp. 55 y 56

<sup>44</sup> “Artículo 16.2. Esas personas sólo podrán ser juzgadas por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar”. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (A/RES/47/133), aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992

<sup>45</sup> “Artículo IX. Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares [...]” Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad<sup>46</sup>, establece en sus principios 22<sup>47</sup> y 29 la limitación personal y material de la justicia castrense,

*Principio 29. 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 [énfasis agregado].*

Entrado el siglo XXI, se alcanzó en los órganos de Naciones Unidas cierto “consenso en cuanto a la necesidad de limitar la función de los tribunales militares, e incluso, de suprimirlos”<sup>48</sup>. La doctrina y la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos han acentuado el carácter restrictivo y excepcional de la jurisdicción militar, y su incompetencia en relación con las violaciones graves a los derechos humanos.

Como trabajo conclusivo de su mandato, el Relator Especial de la Subcomisión sobre la cuestión de la administración de justicia por los tribunales militares, señor Emmanuel Decaux, presentó el Proyecto de Principios sobre la Administración de justicia por Tribunales Militares<sup>49</sup>, en el que se acota claramente dicha competencia,

*Principio 8. Competencia funcional de los órganos judiciales militares. La competencia de los órganos judiciales militares debería estar limitada a las infracciones cometidas dentro del ámbito estrictamente castrense por el personal militar. Los órganos judiciales militares podrán juzgar a las personas que tengan asimilación militar por las infracciones estrictamente relacionadas con el ejercicio de su función asimilada.*

De acuerdo con un pronunciamiento de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, dicha regla de limitación del ejercicio judicial castrense se concreta en<sup>50</sup>:

*a. Los tribunales militares deben reservarse exclusivamente para administrar justicia con respecto a los miembros de las fuerzas armadas que hayan cometido*

---

<sup>46</sup> Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005

<sup>47</sup> “Principio 22. Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de [...] la competencia de los tribunales militares...”

<sup>48</sup> Cuestión de la administración de justicia por los tribunales militares. Informe presentado por el Sr. Louis Joinet de conformidad con la decisión 2001/103 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/2002/4, 9 de julio de 2002, p. 3

<sup>49</sup> Cuestión de la administración de justicia por los tribunales militares. Informe presentado por el Sr. Emmanuel Decaux, E/CN.4/2006/58, 13 de enero de 2006

<sup>50</sup> OACNUDH. Intervención de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Conversatorio sobre justicia penal militar organizado por el Comité Institucional de derechos humanos y derecho internacional humanitario de Antioquia. Medellín, 14 de septiembre de 2005. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamentos/ponencias/po0575.pdf>; Ver también: OACNUDH. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, La protección de los derechos humanos en el conflicto armado interno, Bogotá, D.C., 22 de abril de 2005.

*delitos castrenses, y de esta categoría han de excluirse, de modo claro y explícito, las violaciones graves de los derechos humanos*<sup>51</sup>.

*b. Las violaciones graves de los derechos humanos deben ser de competencia de los tribunales ordinarios*<sup>52</sup>.

*c. Habida cuenta de la estructura jerárquica de las fuerzas armadas, institución fundada en principios de lealtad y subordinación, los oficiales en servicio activo carecen de la independencia y la imparcialidad necesarias para juzgar a miembros de la misma institución implicados en violaciones de los derechos humanos cometidas contra civiles*<sup>53</sup>.

*d. Es obligación del Estado hacer que las personas a las cuales se atribuyen graves violaciones de los derechos humanos sean juzgadas por tribunales ordinarios y no por tribunales militares*<sup>54</sup>.

*e. Es inadmisibles dar al concepto de delitos relacionados con el servicio una extensión que permita a la jurisdicción militar conocer de delitos comunes, como el de tortura*<sup>55</sup>.

*f. Con el fin de respetar sus límites la justicia militar debe declararse incompetente para juzgar a civiles y para juzgar a militares si entre las víctimas del delito hay civiles*<sup>56</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia en la materia<sup>57</sup>, ha señalado que en un Estado democrático, la jurisdicción penal militar debe tener un alcance

---

<sup>51</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas involuntarias, E/CN.4/1992/18 de 30 de diciembre de 1991.

<sup>52</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión para la prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/1997/20Rev.1 de agosto de 1997.

<sup>53</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Misión a Colombia del Relator especial encargado de la cuestión de la independencia de los jueces y abogados, E/CN.4/1998/39/Add.2 de 30 de marzo de 1998.

<sup>54</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, E/CN.4/1996/38 de 15 de enero de 1996.

<sup>55</sup> Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observaciones finales sobre Colombia, A/51/44 de 9 de julio de 1996.

<sup>56</sup> Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de trabajo sobre la detención arbitraria, E/CN.4/1999/63 de 18 de diciembre de 1998.

<sup>57</sup> Algunos de ellos son: Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia del 17 de septiembre de 1997; Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998; Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999; Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Fondo. Sentencia del 29 de septiembre de 1999; Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo. Sentencia del 16 de agosto de 2000; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2004; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005; Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

restrictivo y excepcional. La Corte ha establecido claramente que, en razón del bien jurídico lesionado, dicha jurisdicción no es el fuero competente para investigar, y en su caso juzgar y sancionar a los autores de violaciones a derechos humanos, y que en el fuero militar solo se puede juzgar a militares activos que por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar<sup>58</sup>.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el Caso Ergin vs. Turquía, aseguró que la jurisdicción militar tiene por finalidad mantener el orden y la disciplina en el seno de las fuerzas armadas y que, por ende, su competencia debía estar restringida a conocer de los delitos cometidos por el personal militar en el ejercicio de sus funciones<sup>59</sup>. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha delimitado igualmente el ámbito de competencia *ratione materiae* de la jurisdicción penal militar a las infracciones estrictamente militares cometidas por personal militar. En 1999, en su Resolución sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África adoptó la *declaración y las recomendaciones sobre el derecho a un juicio justo* que estipula que el objetivo de los tribunales militares es el de determinar los delitos de naturaleza puramente militar cometidos por personal militar<sup>60</sup>.

En suma, la actualidad, la evolución normativa y jurisprudencial internacional en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario ha ido restringiendo la aplicación del fuero militar, e imponiendo la exigencia de una armonización del derecho interno con el derecho internacional en la materia<sup>61</sup>. Ello implica que en aquellos países en los que todavía existe una jurisdicción específica en el ámbito militar, ella debe limitarse a la investigación y juzgamiento de militares, por aquellos delitos específicamente castrenses y en todo caso, debe tender a establecer un régimen procedimental y una composición compatible con la independencia e imparcialidad de la judicatura.

En la lógica comentada, se ha entendido que para garantizar el adecuado ejercicio de la disciplina militar es necesario un cuerpo que ayude a conservar los valores que deben guiar el ejercicio de la profesión castrense, entre ellos la eficiencia, la subordinación, la sobriedad, la lealtad y el coraje<sup>62</sup>, de allí se ha inferido la importancia de un órgano propio de disciplinamiento, que regule el comportamiento del personal militar y su adecuación a dichos principios y valores. Ello, no necesariamente se traduce en una tipificación penal de aquellas conductas que afectan u ofenden dichos valores, ya que como señalamos, algunos Estados han optado por otorgar un tratamiento disciplinario y no penal a dichas acciones.

---

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006; Caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007; Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007.

<sup>58</sup> Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, cit., párr. 158

<sup>59</sup> TEDH. Sentencia de 4 de mayo de 2006, Caso Ergin c. Turquía, Petición No. 47533/99; Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Caso Maszni vs. Rumania, Petición No. 59892/00; y Sentencia de 10 de mayo de 2001, Caso Chipre c. Turquía, Petición No. 25781/94.

<sup>60</sup> Andreu, Federico, Op. Cit. p. 75

<sup>61</sup> OACNUDH. Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derecho internacional de los derechos humanos y justicia penal militar. Disponible en: <http://www.menschenrechte.org/lang/de/verstehen/derecho-internacional>

<sup>62</sup> Juan Rial. Op. Cit., p. 15

Como también señalamos, los órganos de protección de los derechos humanos se han orientado a limitar la competencia de la jurisdicción penal militar; en el ámbito personal, especificando que su aplicación se circunscribe a miembros de las Fuerzas Militares en servicio activo, y en el ámbito material, restringiendo su aplicación a conductas cometidas en relación con el servicio y circunscrita a delitos típicamente militares. En palabras de la Corte Interamericana, los bienes jurídicos protegidos por la jurisdicción penal militar han de ser los estrictamente militares, esto es aquellos que se orienten al fin de *“mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas”*<sup>63</sup>.

Una definición de delito típicamente militar es la que recoge el Ministerio de Defensa colombiano: *“son aquellos delitos que afectan intereses propios de las mismas instituciones, aquellos que por su naturaleza sólo pueden ser cometidos por los uniformados de acuerdo con sus características especiales, debido a que el interés jurídico tutelado por el legislador sólo compete y afecta a las instituciones castrenses”*<sup>64</sup>.

Esta definición sintetiza los tipos de bienes que protege el derecho penal militar, esto es, la institucionalidad militar y sus valores de obediencia, disciplina y honor militares, y cobija conductas como la desobediencia, la insubordinación, la deserción, del centinela, entre otras. En otros ordenamientos se usan otras denominaciones para referirse al bien jurídico que protege el derecho penal militar. Por ejemplo, en la doctrina alemana se encuentra la expresión *“los intereses de la fuerza armadas”*<sup>65</sup>, en México *“mantenimiento de los fines esenciales de la institución militar”*<sup>66</sup>, en España, los *“intereses militares o jurídicos que tutelan los preceptos del derecho penal militar”*<sup>67</sup>, todas ellas referidas a un bien jurídico siempre circunscrito y vinculado a la misión de la institución militar.

En síntesis, el fuero penal militar compatible con el derecho internacional de los derechos humanos está limitado a ciertos delitos específicamente militares que sólo puede cometer el personal de las Fuerzas Armadas. Entre ellos están los de desobediencia, insubordinación, sedición, motín, rebelión y deserción.

Esto significa, que en caso de que existan conductas que no sean propias del ejercicio militar y que a su vez estén tipificadas como delitos en la legislación ordinaria, como el hurto o el narcotráfico, deberían ser de conocimiento de las jurisdicciones ordinarias; en segundo lugar, de allí se colige también, que los delitos militares requieren para su comisión de un sujeto calificado, esto es, un miembro activo de la fuerza militar, lo cual excluye como también lo han entendido los tribunales internacionales y nacionales, a los funcionarios retirados y a miembros de instituciones policiales, por considerar estos últimos como cuerpos armados de naturaleza civil.

## **E. Derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente**

---

<sup>63</sup> Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafo 125 c)

<sup>64</sup> Ministerio de Defensa de la República de Colombia. El ABC de la Justicia Penal Militar. Disponible: [http://www.mindefensa.gov.co/irj/servlet/prt/portal/prtroot/pcd!3aportal\\_content!2fcom.pcc.pcc!2fPORTAL\\_MDN!2froles!2fcom.pcc.PortalJPM!2fInformacionInstitucional!2fcom.pcc.Glosario!2fGlosarioJPM](http://www.mindefensa.gov.co/irj/servlet/prt/portal/prtroot/pcd!3aportal_content!2fcom.pcc.pcc!2fPORTAL_MDN!2froles!2fcom.pcc.PortalJPM!2fInformacionInstitucional!2fcom.pcc.Glosario!2fGlosarioJPM)

<sup>65</sup> Jiménez, Francisco. Introducción al derecho penal militar. Madrid: Ed. Civitas, 1987, p. 20

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Ibid. P. 21

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la independencia de los jueces *“debe ser garantizada por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”*<sup>68</sup>. Asimismo, la Corte ha precisado que *“el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática”*<sup>69</sup>. El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria consideró en un caso que el hecho de que la mayoría de los magistrados de un Tribunal de Seguridad fuesen funcionarios del Gobierno, era contrario al requisito del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a un tribunal independiente<sup>70</sup>. En ese mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que el hecho de que un tribunal estuviera integrado por funcionarios del Poder Ejecutivo, militares en servicio activo en un caso bajo examen, violaba el derecho a un tribunal independiente<sup>71</sup>.

Uno de los aspectos esenciales de la independencia de los tribunales es que sus magistrados y jueces sean funcionarios judiciales y no tengan ningún tipo de subordinación o dependencia jerárquica respecto de los demás poderes, en particular el Ejecutivo. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que *“la destitución de jueces por el poder ejecutivo, por ejemplo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia del poder judicial”*<sup>72</sup>.

La Corte Europea de Derechos Humanos consideró que la Comisión de Policía Suiza, con jurisdicción para conocer y sancionar las contravenciones imputadas a policías y compuesta por un sólo miembro —un policía—, no reunía las condiciones de independencia propias de un tribunal<sup>73</sup>.

Por su parte la imparcialidad de un tribunal se define como la ausencia de prejuicio, de animadversión o de simpatía por una de las partes, la jurisprudencia internacional sobre la materia coincide en que la imparcialidad de los tribunales debe ser examinada tanto desde una perspectiva subjetiva como desde una objetiva. No es suficiente que el tribunal y el juez

---

<sup>68</sup> Sentencia de 30 de junio de 2009, Caso Reverón Trujillo c. Venezuela, serie C No. 197, párrafo 67

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> Decisión N° 40/1993 (Djibouti), de 29 de septiembre de 1993, en documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1994/27.

<sup>71</sup> Dictamen de 6 de noviembre de 1997, Comunicación N° 577/1994, Caso Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/61/D/577/1994, 9 de enero de 1998, párrafo 8,8. Ver, igualmente: Dictamen de 27 de octubre de 1987, Comunicación N° 159/1983, Caso Raúl Cariboni, c. Uruguay, párrafo 10.

<sup>72</sup> Observación general No. 32, Doc. Cit., párrafo 20.

<sup>73</sup> Corte Europea de derechos Humanos, sentencia de 29 de abril de 1988, Caso Belilos c. Suiza, párrafos 66 y 67

sean imparciales de hecho, también deben ser percibidos como tales. La Corte Interamericana ha señalado *“que si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también es cierto que tienen un contenido jurídico propio [...] la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”*<sup>74</sup>.

Finalmente, el derecho a ser juzgado o a que los derechos sean determinados por un tribunal competente es universalmente reconocido y amparado bajo el derecho internacional (art. 14.1 del PIDCP, art. 8.1 de la CADH, entre otros). El ámbito de competencia legal del juez está delimitado por los factores territoriales (*ratione loci*), materiales (*ratione materiae*), personales (*ratione personae*) y temporales (*ratione tempore*) establecidos por la ley. Pero reducir el principio del juez natural a un concepto formal o legalista equivale a vaciarlo de su contenido<sup>75</sup>. Así lo ha indicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: la existencia del juez natural no es dependiente exclusivamente de que haya una ley cuando precisó que *“la figura del juez natural impone la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; esto es, la reserva absoluta de ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias judiciales [...] La existencia del juez natural no es dependiente exclusivamente de que haya una ley, [...] el juez natural es un concepto, que desde el punto de vista del derecho internacional, necesita satisfacer los requisitos del artículo 8, entre otros, de la Convención Americana”*<sup>76</sup>.

Bajo el derecho internacional de los derechos humanos, jurisdicciones especializadas o distintas a la jurisdicción ordinaria sólo son legítimas y legalmente válidas si existen motivos razonables y objetivos que justifiquen su existencia. Dentro de los motivos razonables y objetivos aceptados, la jurisprudencia internacional ha identificado dos: la especial condición jurídica o vulnerabilidad del justiciable que requiere una protección especial, como son los indígenas y los menores de edad; y la especificidad de la materia, como los delitos estrictamente militares<sup>77</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, la máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha determinado que *“[f]rente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”*<sup>78</sup>. Del mismo modo, en 2012, la Corte sostuvo que *“los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico*

---

<sup>74</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de agosto de 2008, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela, serie C No. 182, párrafos 55 y 56.

<sup>75</sup> Andreu, Federico. Op. Cit. P. 46.

<sup>76</sup> Apartes de la demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 30 de mayo de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos humanos, Caso Castillo Petrucci y otros c. Perú, párrafo 125 (c)

<sup>77</sup> Andreu, Federico. Op. Cit. P. 50.

<sup>78</sup> Corte Interamericana, Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Corte I.D.H., Serie C. N.º 209, párr. 274.

*protegido*”<sup>79</sup>. Asimismo, conforme se estableció en la sentencia dictada en mayo de 2007 por la Corte Interamericana en el Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, esta exclusión de la jurisdicción militar se aplica a todas las etapas de un procedimiento: *“la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos”*<sup>80</sup>.

### III. La naturaleza civil de la policía entraña una competencia única de la justicia ordinaria

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, intérprete autorizada de la Convención Americana, se ha pronunciado sobre la competencia de la jurisdicción penal militar en casos de delitos cometidos por agentes de policía, particularmente cuando la víctima es un civil. Específicamente, la Comisión ha señalado que Colombia debe abstenerse de emplear la justicia penal militar en casos sobre presuntas violaciones de derechos humanos cometidas por policías en el marco de manifestaciones. Por ejemplo, en su informe de admisibilidad sobre la muerte de Jhonny Silva Aranguren, un estudiante que murió en una manifestación en 2005, presuntamente a manos del ESMAD, la Comisión recordó que *“las jurisdicciones especiales, como la militar, 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 pública”*<sup>81</sup>.

A juicio de la corte constitucional, la naturaleza civil de la Policía Nacional es incongruente con la Justicia Penal Militar. Así lo dispuso en sentencia C-444 de 1995:

**“Existe una incongruencia de carácter constitucional entre la disposición que le asigna a la Policía Nacional naturaleza civil y la que ordena que los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo y por razón del mismo, sean de conocimiento de las cortes marciales o tribunales militares pues, siendo coherentes, tal juzgamiento debería estar a cargo de autoridades civiles. Sin embargo, esta evidente anomalía no puede ser corregida por la Corte Constitucional a quien se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos a que aluden los artículos 241 y ss. del Estatuto Máximo, sino mediante una reforma constitucional utilizando cualquiera de los mecanismos que el Constituyente ha consagrado para ello. Ante casos como éste la Corte debe dar aplicación al denominado “principio de armonización”, para lograr mediante una interpretación sistemática hacer congruentes los distintos preceptos constitucionales que regulan el asunto materia de debate, teniendo en cuenta que, aún ante la incongruencia anotada, la Corporación no puede desconocer el contenido del artículo 221 Superior, disposición que no resulta irreconciliable con**

<sup>79</sup> Corte Interamericana, Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia, Sentencia del 3 de septiembre de 2012, Corte I.D.H., Serie C N.º 248, párr. 244.

<sup>80</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, Sentencia del 11 de mayo de 2007, Corte I.D.H., Serie C N.º 163, párr. 200.

<sup>81</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe 1108-08: informe de admisibilidad”, Caso Jhonny Silva Aranguren y familia v. Colombia, 14 de abril de 2016, OEA/Ser.L/V/II.157 Doc. 18, párr. 37.

*la contenida en el artículo 218 ibidem que consagra el carácter civil de la Policía Nacional*<sup>82</sup>.

En ese mismo sentido, la Corte refiere que existe una clara distinción entre el accionar de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, dada la naturaleza civil de esta última.

*“La Policía Nacional se distingue entonces de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. La Policía Nacional, como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial”*<sup>83</sup>.

En igual sentido, se pronunció la Corte en la sentencia C-453/94 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, al señalar las implicaciones que se derivan del carácter civil que la Constitución le ha atribuido a la Policía, estas son<sup>84</sup>:

*“a. La misión de la policía es eminentemente preventiva y consiste en evitar que el orden público sea alterado.*

*“b. El policía es un funcionario civil, que escoge voluntariamente su profesión.*

*“c. Los miembros del cuerpo de policía están sometidos al poder disciplinario y de instrucción que legalmente le corresponde al funcionario civil ubicado como superior jerárquico.”*

Es interesante recordar que la presunta contradicción entre el carácter civil de la policía y la aplicación a sus miembros del fuero penal militar fue advertida por el constituyente José Matías Ortiz Sarmiento quien presentó ante la Asamblea Nacional Constituyente una propuesta alternativa sobre el artículo que consagraba el fuero penal militar, en el sentido de aplicarlo sólo a las fuerzas militares, según consta en la Gaceta Constitucional No. 102 del 19 de junio de 1991<sup>85</sup>.

#### **IV. Experiencia comparada**

La restricción del ámbito de competencia de la justicia militar ha operado de manera complementaria, en tres sectores: la prohibición del juzgamiento de civiles por tribunales militares; la interpretación restrictiva del delito militar y, en particular, del delito de función; y la exclusión de las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario del ámbito judicial castrense<sup>86</sup>. La tendencia predominante en Latinoamérica avanza hacia la reforma de los códigos de justicia militar tradicionales para

---

<sup>82</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-444 de 1995. M.P.

<sup>83</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>84</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-453 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>85</sup> p. 18-20.

<sup>86</sup> Andreu, Federico, Op. Cit. pp. 61 - 62

modernizarlos, o hacia su abolición y la asunción por parte de la justicia común de todos los casos que comprenden a militares.

A nivel mundial, un número significativo de estados han modificado sus Constituciones Políticas y legislaciones para incorporar criterios de restricción del ámbito de aplicación de la justicia militar. En algunos de ellos como Bélgica<sup>87</sup>, Guinea<sup>88</sup> y Sudáfrica<sup>89</sup>, se ha suprimido la aplicación de la jurisdicción penal militar, de modo que todos los delitos cometidos por personal militar son de resorte de la jurisdicción ordinaria<sup>90</sup>.

En otros estados la limitación de la justicia castrense se ha concretado en su supresión en tiempos de paz. Si la esencia de la función militar está referida a la guerra, es cuestionable la existencia de una estructura pública cuyo ejercicio sería limitado, más cuando los delitos relativos a ofensas a la disciplina, el honor y la obediencia, podrían ser abordadas por los reglamentos internos respectivos de cada ejército en el ámbito disciplinario, y en algunos casos por la propia justicia penal civil.

En esta vía, un número creciente de países entre los que se cuentan Alemania, Austria, Francia, Japón, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa, Senegal y Suecia, han optado por la represión de ilícitos castrenses a través de los procedimientos disciplinarios o los tribunales penales ordinarios<sup>91</sup>. En Francia, no existe el fuero militar en tiempos de paz, salvo para los militares en servicio fuera del territorio nacional, cuyo juzgamiento corresponde a tribunales creados en las delegaciones militares establecidas en el exterior. En tiempos de guerra se establecen tribunales territoriales de las fuerzas armadas para juzgar los delitos militares<sup>92</sup>.

En Latinoamérica, el primer país en propiciar esta reforma fue Argentina, que mediante Ley 26.394 del 26 de agosto de 2008 aprobó la derogación del Código de Justicia Militar vigente, y la sanción de un sistema integrado de justicia penal militar y régimen disciplinar de las Fuerzas Armadas<sup>93</sup>. En la nueva normativa, ni aún en tiempos de guerra opera la justicia castrense, salvo en casos excepcionalísimos de “condiciones manifiestas e insuperables” de imposibilidad material de administrar justicia<sup>94</sup>.

---

<sup>87</sup> En el caso de conductas cometidas en el marco de operaciones extraterritoriales del Ejército belga un fiscal es asignado al contingente militar enviado al exterior y el juicio se surte ante un tribunal ordinario con sede en Bélgica. Ver en: Andreu, Federico; Op. Cit., p. 58

<sup>88</sup> Ley Fundamental adoptada el 23 de diciembre de 1990 suprimió la jurisdicción penal militar. Ver en: Andreu, Federico, Op. Cit., p. 55

<sup>89</sup> En marzo de 2001, la Corte Suprema de Sudáfrica decretó la suspensión de la aplicación del Código de Justicia Militar, al considerar prima facie que la jurisdicción penal militar no es compatible con el principio de igualdad ante la ley y la protección judicial garantizados en la Constitución y que “lo militar no es inmune a los cambios democráticos.” Ver en: Andreu, Federico, Op. Cit., p. 55

<sup>90</sup> Andreu, Federico; Op. Cit., pp. 53 - 64

<sup>91</sup> Andreu, Federico; Op. Cit., p. 57

<sup>92</sup> OACNUDH. Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derecho internacional de los derechos humanos y justicia penal militar. Disponible en: <http://www.menschenrechte.org/lang/de/verstehen/derecho-internacional>

<sup>93</sup> Ley 26.395 de 26 de agosto de 2008, que surge de un proceso de solución amistosa suscrito a instancias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos No. 11.758, Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina, y No. 12.167 Argüelles y otros vs. Argentina

<sup>94</sup> Artículo 1, Anexo II de la Ley 26.395 de 26 de agosto de 2008.

Una tercera tendencia es la de integración de la jurisdicción penal militar en la ordinaria, tal es el caso de Portugal y Ecuador. En el primero, a raíz de la reforma constitucional de 1997 y del Nuevo Código de Justicia Militar de 2003 se trasladó el conocimiento de los crímenes estrictamente militares cometidos en tiempo de paz, a salas especializadas de lo militar en la jurisdicción ordinaria. En el caso ecuatoriano, la nueva Constitución Política de 2008 establece en su artículo 160 que “los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por los órganos de la Función Judicial” y en el caso de delitos castrenses “cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial<sup>95</sup>.”

Finalmente, la posición más extendida por vía constitucional y jurisprudencial ha sido la de restringir el ámbito de la competencia a nivel personal y material. En el primer caso, eliminando la posibilidad de actuación militar sobre civiles, a la cual han hecho tránsito muchos países que en algún momento contemplaban en su legislación dicha posibilidad, entre ellos México, Guatemala, Honduras, Haití, Colombia, Nicaragua, Perú, Paraguay y Uganda<sup>96</sup>.

El segundo caso corresponde a la restricción material, mediante la cual se limita el ejercicio penal militar a los delitos estrictamente militares cometidos por personal militar, la cual es la tendencia universal más extendida<sup>97</sup>. Como lo constató el Relator de Naciones Unidas sobre la Administración de Justicia por los Tribunales militares, son cada vez más numerosos los países que en su derecho nacional excluyen del ámbito de competencia de los tribunales militares las violaciones graves de derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas armadas o policiales.

En la legislación española, los tribunales militares tienen competencia para conocer de conductas exclusivamente castrenses<sup>98</sup> y en caso de duda, o conflicto, por elaboración doctrinal y jurisprudencial se ha establecido que prima el principio del bien jurídico lesionado de más importancia<sup>99</sup>. A nivel constitucional, previsiones similares se encuentran en las cartas políticas de Bolivia, El Salvador, Haití, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. Algunas de ellas, como la citada constitución venezolana, excluyen expresamente del conocimiento de la jurisdicción militar las violaciones a derechos humanos.

A nivel de legislación penal, Colombia, Honduras, Guatemala, Perú y Uruguay contemplan exclusiones similares. Entre los Estados que recientemente han fortalecido este tránsito se encuentra Uruguay, cuya nueva Ley de Defensa Nacional también va en la misma dirección;

---

<sup>95</sup> Andreu, Federico; Op. Cit., p. 59

<sup>96</sup> Andreu, Federico; Op. Cit., p. 62

<sup>97</sup> Artículo 13 de la Constitución Política de México; Artículo 96.4 de la Constitución Política de Grecia, Artículos 90 y 91 de la Constitución Política de Honduras; Artículo 42 de la Constitución Política de Haití; Artículo 213 de la Constitución Política de Colombia; Artículo 219 de la Constitución Política de Guatemala; Artículo 93 de la Constitución Política de Nicaragua; Artículo 174 de la Constitución Política de Paraguay. En el caso de Perú y Uganda ello ha sido fruto del desarrollo de la jurisprudencia nacional. Citados en: Andreu, Federico; Op. Cit., p. 62

<sup>98</sup> Constitución Española, artículo 117, numeral 5

<sup>99</sup> Francisco Javier Gómez de Liaño, Código de Leyes Políticas. Madrid: Editorial COLEX, 1991, p.1170

eliminar la justicia militar como institución central de las organizaciones militares. La Ley 18.650 determina que la jurisdicción militar mantiene su esfera de competencia restringida exclusivamente a los delitos militares y al caso de estado de guerra.

La exclusión de graves violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario del ámbito de competencia de tribunales militares ha operado igualmente mediante la jurisprudencia de las cortes supremas de justicia y los tribunales constitucionales de Argentina, Bolivia, Chile, El Salvador, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela<sup>100</sup>.

En varios países, la represión de los crímenes de guerra y de las graves infracciones a los Convenios de Ginebra y demás normas del Derecho internacional humanitario, independientemente la condición de militar del sujeto activo de la conducta ilícita está a cargo de la jurisdicción penal ordinaria y no de tribunales militares. Así, por ejemplo, Austria, Bélgica, Dinamarca, Noruega y Suecia, la represión de las graves infracciones a los Convenios de Ginebra se hace por medio de la aplicación del Código Penal ordinario por tribunales penales de la Jurisdicción Ordinaria<sup>101</sup>.

En la región, varios países han desarrollado, ya sea normativo o jurisprudencial, un marco jurídico que radica en cabeza de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los crímenes de guerra y de las graves infracciones al Derecho internacional humanitario.

En Argentina, con la adopción del nuevo Código de Justicia Militar en 2008<sup>102</sup> que suprimió la jurisdicción penal militar en tiempos de paz, todos los delitos cometidos por militares – independientemente de la naturaleza del ilícito penal – son de competencia de la Jurisdicción Ordinaria. En tiempos de guerra, la nueva legislación establece como principio que “[l]os delitos cometidos por militares en tiempo de guerra o en ocasión de otros conflictos armados serán investigados y juzgados según el régimen ordinario previsto para el tiempo de paz, salvo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean manifiestas e insuperables y la demora en el juzgamiento pudiere ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate”<sup>103</sup>. De tal suerte que, aún en situaciones de guerra, la competencia radica en la Jurisdicción Ordinaria y sólo en circunstancias excepcionales previstas por la ley, se podrán constituir Consejos de Guerra.

El Tribunal constitucional peruano, mediante sentencia del 15 de diciembre del 2006, consideró que en los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario (DIH) que el Código de Justicia Militar y Policial había tipificado (delitos contra personas protegidas por el DIH, empleo de métodos prohibidos en la conducción de las hostilidades, delitos contra el patrimonio y otros derechos y delitos contra operaciones humanitarias y emblemas), no se verificaban todos los elementos indispensables para que se configure un “delito de función”:

---

<sup>100</sup> Andreu, Federico, Op. Cit. p. 64

<sup>101</sup> Andreu, Federico, Op. Cit. p. 106

<sup>102</sup> Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008.

<sup>103</sup> Anexo II de la Ley 26.394 de 26 de agosto de 2008, Modificaciones al código penal y al código procesal penal de la Nación, Artículo 1 “Principio”.

*“Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o del policía (en actividad), que en un conflicto internacional o no internacional (en acto de servicio o con ocasión de él) MATE a una persona protegida por el derecho internacional humanitario, afectando el bien jurídico VIDA (que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función (...) el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional (...) por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y por pretender afectar bienes jurídicos que no son propios ni particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, tales como la integridad física, psíquica o moral, la libertad sexual, libertad de tránsito, propiedad, tutela jurisdiccional efectiva, entre otros, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales.”<sup>104</sup>*

## V. Contenido de la iniciativa

### Proyecto de Acto Legislativo No. \_\_\_\_ de 2020 senado

**“Por medio del cual se modifica el artículo 221 de la Constitución Política con el fin de fortalecer la protección de los derechos humanos y la garantía a un tribunal independiente, imparcial y competente”**

**ARTÍCULO 1.** Modifíquese el artículo 221 de la Constitución Política, el cual quedará así:

**ARTÍCULO 221.** De las conductas punibles, que no impliquen violaciones a los derechos humanos o delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, cometidas por los miembros de las Fuerzas Militares Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

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

La Justicia Penal Militar será independiente del mando de las Fuerzas Militares.

<sup>104</sup> República del Perú, Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Exp. 0012-2006-PI-TC, (Lima: 15 de diciembre, 2006), art. 74-5. Citado en: David Lobatón. La reforma de la Justicia Militar por parte del Tribunal constitucional del Perú. En: Andreu, Federico, Op. Cit.

**Parágrafo:** Las conductas punibles cometidas por los miembros de la Policía Nacional serán siempre conocidas por la justicia ordinaria.

## VI. Conclusiones

En atención a lo expuesto anteriormente, se presenta ante el Congreso de la República el Proyecto de Acto Legislativo: *“Por medio del cual se modifica el artículo 221 de la Constitución Política con el fin de fortalecer la protección de los derechos humanos y la garantía a un tribunal independiente, imparcial y competente”*, para que sea tramitado y con el apoyo de las y los Congresistas sea discutido y aprobado.

De los congresistas,



**IVÁN CEPEDA CASTRO**

Senador de la República



**MARÍA JOSE PIZARRO**

Representante a la Cámara



**ANGÉLICA LOZANO**

Senadora de la República



**GUSTAVO PETRO U.**

Senador de la República



**IVAN MARULANDA**

Senador de la República



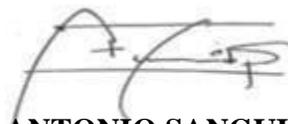
**ANGELA MARÍA ROBLEDO**

Representante a la Cámara



**ALEXANDER LÓPEZ**

Senador de la República



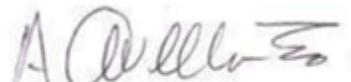
**ANTONIO SANGUINO**

Senador de la República



**JORGE ENRIQUE ROBLEDO**

Senador de la República



**AIDA AVELLA**

Senadora de la República



**GUSTAVO BOLIVAR**

Senador de la República



**JORGE LONDOÑO**

Senador de la República



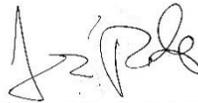
**SANDRA ORTÍZ**  
Senadora de la República



**WILSON ARIAS**  
Senador de la República



**ABEL DAVID JARAMILLO**  
Representante a la Cámara



**JOSE AULO POLO**  
Senador de la República



**FABIAN DÍAZ PLATA**  
Representante a la Cámara



**JORGE GÓMEZ**  
Representante a la Cámara



**WILMER LEAL**  
Representante a la Cámara



**LEON FREDDY MUÑOZ**  
Representante a la Cámara



**FELICIANO VALENCIA MEDINA**  
Senador de la República



**JUAN LUIS CASTRO**  
Senador de la República



**INTI ASPRILLA**  
Representante a la Cámara