



LAWYERS WITHOUT BORDERS  
**AVOCATS SANS FRONTIERES**  
ABOGADOS SIN FRONTERAS  
Canada

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL**  
**ACTO LEGISLATIVO No. 2 de 2012**  
**(Extensión de la competencia de la Justicia Penal Militar)**

*15 de febrero de 2013*

# Índice

<b>Resumen ejecutivo</b> .....	3
<b>Introducción</b> .....	5
A. Aspectos de vulnerabilidad a las garantías judiciales .....	6
a. Vulneración del derecho al debido proceso.....	6
b. Vulneración del principio de independencia e imparcialidad de la Justicia.....	10
B. Aspectos de vulnerabilidad a los principios del derecho internacional humanitario .....	13
C. Aspectos de vulnerabilidad al principio de igualdad de los sujetos de Derecho .....	16
D. Aspectos de vulnerabilidad al principio de seguridad jurídica .....	19
a. Principio de aplicación de la ley más favorable en materia penal .....	19
b. La incertidumbre acerca del conflicto de competencia entre jurisdicciones.....	20
<b>Conclusión</b> .....	22
Anexo 1 Artículos de la Constitución que pretende modificar el Acto Legislativo 2 de 2012 .....	25
Anexo 2 Acto Legislativo No. 2 de 2012 (27 de diciembre) "Por el cual se reforman los artículos 116, 152, y 221 de la Constitución Política de Colombia" .....	27

## Resumen Ejecutivo

Abogados sin Fronteras Canadá (ASFC) presenta su análisis jurídico del Acto legislativo No. 2 de 2012 promulgado el 27 de diciembre tras la firma por parte del Presidente de la República de Colombia del texto conciliado entre la Cámara de Representantes y el Senado del 11 de diciembre del 2012<sup>1</sup>. (en adelante el “Acto Legislativo”), el cual reforma los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia ampliando de esta forma la competencia de los tribunales penales militares.

A pesar de la promulgación del acto legislativo, ASFC quisiera reiterar su preocupación sobre las posibles consecuencias que derivaran de la reforma de los artículos de la Constitución y ampliación de la competencia de la Justicia Penal Militar (JPM) en cuanto a las garantías de aplicación, defensa y promoción de los Derechos Humanos (DDHH) en Colombia.

ASFC considera que este Acto Legislativo vulnera las garantías judiciales de todo individuo y en particular el derecho a un debido proceso. De igual forma, vulnera los principios del Derecho Internacional Humanitario (DIH), el principio de igualdad de los sujetos de derecho y el principio de seguridad jurídica.

En su análisis jurídico ASFC concluye que el Acto Legislativo entra en contradicción con la jurisprudencia interamericana la cual es clara sobre el hecho de que la JPM no debe tener competencia alguna para conocer de casos de violaciones a los DDHH. Al contrario, la misma hace énfasis sobre el hecho que la JPM debe limitarse a juzgar militares en servicio activo por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atentan contra bienes jurídicos propios del orden militar.

Es igualmente claro que la JPM tampoco tiene competencia para conocer de las infracciones al DIH ya que éste busca la protección de bienes jurídicos esenciales a los derechos humanos, los cuales no pueden suspenderse en tiempo de guerra, y deben ser de la competencia de la Justicia Ordinaria.

Además, el Acto Legislativo no se adecúa a los estándares del Estatuto de Roma (ER), por lo que podría darse lugar a una apertura de investigación por parte de la Corte Penal Internacional (CPI). De ser la JPM quien investigue y juzgue las infracciones al DIH, se argumenta que debido a la ausencia de imparcialidad e independencia en dichos procesos, podría llegar a concluirse una falta de voluntad por parte del Estado colombiano para investigar y enjuiciar a responsables de crímenes internacionales.

El análisis también examina la vulneración del principio de igualdad de todo ciudadano colombiano en relación con la defensa material en cualquier proceso judicial en su contra, y por último analiza una posible vulneración del principio de la seguridad jurídica partiendo de la base de la aplicación de la ley más favorable.

---

<sup>1</sup> Proyecto de acto legislativo “Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia. [Justicia Penal Militar, Fuero Militar]”, Número en Cámara de Representantes 192/12, Número en Senado 16/12; <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-el-cual-se-reforman/6586/>

Con base en estas conclusiones, ASFC hace un llamado de atención sobre las implicaciones de un tal Acto Legislativo y la posible apertura de una brecha hacia la impunidad, dado que Colombia no estaría cumpliendo con su obligación de perseguir y castigar a los máximos responsables por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, ni con su compromiso de proteger y garantizar los derechos de las víctimas. Este Acto Legislativo podría ser sancionado por jurisdicciones internacionales por las razones expuestas, e inclusive por la misma Corte Constitucional colombiana a través de un control de constitucionalidad del Acto Legislativo y a su vez, a través de un control de constitucionalidad de las leyes estatutarias contempladas en la reforma.

Por todo lo aquí expuesto, ASFC considera que el Acto Legislativo No. 2 de 2012 debería ser declarado inconstitucional por parte de la Corte Constitucional. ASFC recomienda al Estado colombiano adherir a los estándares internacionales en materia de fuero militar y que lo limite a delitos e infracciones cometidos por miembros activos de la Fuerza Pública relacionados con bienes jurídicos estrictamente del orden militar, como lo son aspectos disciplinarios o relacionados con principios estructurales y procesales, y que en ningún caso lo utilice cuando existan víctimas civiles o violaciones a los DDHH.

Finalmente, se recomienda que el Estado acate las garantías que debe revestir la JPM dentro de la competencia limitada, para que los procesados por ella puedan ejercer su derecho al debido proceso.

## Introducción

En marzo de 2012, el gobierno colombiano presentó al Congreso el proyecto de Acto Legislativo No. 192/2012 *“Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”*<sup>2</sup>, que recoge las conclusiones de una comisión de expertos que conformó el Ejecutivo sobre la reforma del fuero militar. Anteriormente, la reforma de la JPM estaba adscrita dentro de la propuesta de reforma a la Justicia presentada en marzo del 2011 que terminó cayéndose en el mes de junio 2012. Finalmente la reforma del fuero penal militar constituye un Acto Legislativo, que es el mecanismo para modificar la Constitución<sup>3</sup>, que ha sido aprobado el 11 de diciembre de 2012 por el Congreso y firmado por el Presidente el 27 de diciembre de 2012.

Este Acto Legislativo supone varios cambios al Código Penal Militar actualmente en vigor en Colombia<sup>4</sup> y regido por los mismos artículos de la Constitución que se pretenden modificar. Frente a lo que se declaraba en la exposición de motivos, como una situación que carece de garantías y reglas claras para los miembros de la fuerza pública de Colombia se propuso, para restablecer la seguridad jurídica supuestamente debilitada por el sistema actual, ajustar unos elementos.

El actual Acto Legislativo acerca del fuero militar busca que infracciones al DIH cometidas por miembros de la Fuerza Pública sean investigadas y los responsables enjuiciados por la JPM de manera exclusiva. Sin embargo, el Acto Legislativo excluye de la jurisdicción militar los crímenes de lesa humanidad, los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado.

Frente a esta situación, ASFC manifiesta su preocupación por el retroceso que tal propuesta podría significar para Colombia en cuanto a las garantías de aplicación, defensa y promoción de los Derechos Humanos. Recordamos que en diciembre de 2011, cuando se había iniciado la discusión sobre la posibilidad de una reforma a la JPM, ASFC publicó un comunicado expresando sus inquietudes al respecto<sup>5</sup>.

ASFC considera que este Acto Legislativo vulnera las garantías judiciales y en específico el derecho a un debido proceso, así como el principio de independencia e imparcialidad de la Justicia. De igual forma, vulnera los principios del DIH, el principio de igualdad de los sujetos de Derecho y el principio de seguridad jurídica.

---

<sup>2</sup> Texto Definitivo Plenaria al Proyecto de Acto Legislativo No. 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara publicado en Gaceta del Congreso, año XXI – No. 706, Bogotá D.C., 19 de octubre de 2012, pág. 22.

<sup>3</sup> Artículo 375 de la Constitución colombiana relativo a la reforma de la Constitución.

<sup>4</sup> Ley 1407 de 17 de agosto de 2010, Diario Oficial 47.804.

<sup>5</sup> Publicado en español el 10 de enero de 2012: [http://www.asfcandada.ca/documents/file/comunicado-de-prensa\\_fuero-militar-esp-\\_10-enero-2012\\_-comms-cv-pt\(1\).pdf](http://www.asfcandada.ca/documents/file/comunicado-de-prensa_fuero-militar-esp-_10-enero-2012_-comms-cv-pt(1).pdf)

Este documento pretende señalar los aspectos más problemáticos del Acto Legislativo para hacer un llamado de atención sobre las implicaciones de tal reforma y la posible apertura de una brecha hacia la impunidad.

En una primera parte, este documento busca analizar los aspectos del Acto Legislativo que vulneran las garantías judiciales de todo individuo, como son el debido proceso, el juez competente, la independencia e la imparcialidad de los procesos judiciales. En una segunda parte, se busca analizar si la JPM tendría la facultad de juzgar las infracciones al DIH, así como la adecuación de este Acto Legislativo a otros estándares internacionales, en particular a los establecidos en el ER y la posibilidad para la CPI de abrir una investigación sobre los crímenes juzgados por la JPM por falta de voluntad, cuando se argumente que estos procesos no estén siendo sustanciados de manera independiente e imparcial, de forma que sea incompatible con la intención de hacer comparecer los responsables ante la justicia. En una tercera parte, este análisis examinará el principio de igualdad de todo ciudadano colombiano en relación con la defensa material en cualquier proceso judicial en su contra. Por último se analizará una posible vulnerabilidad al principio de la seguridad jurídica partiendo de la base de la aplicación de la ley más favorable.

## **A. Aspectos de vulnerabilidad a las garantías judiciales**

### ***a. Vulneración del derecho al debido proceso***

El Acto legislativo busca ampliar la competencia de los tribunales penales militares. Tras ocho debates en el Congreso y una sesión de conciliación entre la Cámara de Representante y el Senado, se debe destacar que se quedan excluidos de la jurisdicción militar los crímenes de lesa humanidad, los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado<sup>6</sup>. Sin embargo, a pesar de la exclusión de dichos delitos del ámbito de la JPM, el texto definitivo no incluye numerosos atentados contra los DDHH y el DIH, como por ejemplo, la detención arbitraria, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la toma de rehenes, los ultrajes contra la dignidad de la persona y los crímenes de guerra que involucran a civiles como víctimas, y otros delitos en contra de los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos.

Estas omisiones constituyen una violación obvia del derecho internacional y en específico del artículo 8.1 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH o “Convención”)

---

<sup>6</sup> En virtud del artículo 3 de la *Ley 1407 de 2010 por la cual se expide el Código Penal Militar*, se excluyen de la justicia militar los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el DIH entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

sobre garantías judiciales<sup>7</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ha señalado que “[...] 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 sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria”. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial. Frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar<sup>8</sup>. La CoIDH reconoce en la misma sentencia que cuando los “tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia [...]. En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario”<sup>9</sup>.

Muy recientemente, la CoIDH condenó al Estado colombiano mediante una sentencia donde recuerda de forma contundente que ninguna violación de derechos humanos puede ser de competencia de la jurisdicción penal militar<sup>10</sup>.

En numerosas ocasiones la CoIDH ha reiterado que la competencia de los tribunales castrenses debe estar limitada a los únicos delitos funcionales cometidos por los mismos militares, en caso de que dicha jurisdicción se contemple necesaria, y que bajo ninguna circunstancia un civil se puede ver sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares<sup>11</sup>. Es más, la CoIDH expone que el fuero militar sólo debe “juzgar a militares en

---

<sup>7</sup> 8. 1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”.

<sup>8</sup> CoIDH, *Caso Radilla Pacheco Vs México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, (en adelante “CoIDH, Caso Radilla Pacheco Vs México”) párr. 273; y CoIDH, *caso Rosendo Cantú Vs México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 15 de mayo de 2011, Serie C No 216, párr. 160.

<sup>9</sup> CoIDH, *Caso Radilla Pacheco Vs México*, párr. 275.

<sup>10</sup> CoIDH, *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas sentencia de 3 de septiembre 2012, Serie C No. 248.

<sup>11</sup> CoIDH, *Caso Palamara Iribarne Vs Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párrafo 2, resolutive 14 “[...] En caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, esta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio

servicio activo por la comisión de delitos o faltas *que por su propia naturaleza atentan contra bienes jurídicos propios del orden militar*<sup>12</sup>, es decir delitos o faltas de función. Para este fin, deben ser tipificados específicamente los delitos de competencia de la corte o tribunal castrense; sin embargo, esto no aparece en el Acto Legislativo contemplado. Es más, el legislador debe explicitar cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, debe determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especificar la correspondiente sanción. Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otros, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito. De conformidad con la jurisprudencia señalada, la reforma al fuero penal militar en Colombia estaría en contradicción con la Convención, ratificada por Colombia en 1973.

A pesar de excluir ciertos crímenes el Acto Legislativo no está acorde a la jurisprudencia internacional y nacional en cuanto a la delimitación de la competencia de un fuero militar. La jurisprudencia de la Corte Constitucional define el fuero militar como un fuero excepcional cuyo propósito debe limitarse a delitos considerados como funcionales<sup>13</sup>. Es decir, la JPM nunca puede juzgar casos de violaciones a los DDHH o infracciones graves al DIH, tales como omisiones que pongan en peligro la integridad física de una persona, o casos de detención ilegal, deportación, privación de las garantías judiciales, destrucción y apropiación no justificada de bienes por necesidades militares, realizadas arbitrariamente, o ataques a la población civil y contra los bienes de civiles. Según el artículo 3 del Código Penal militar vigente que se deberá modificar para adecuarlo al Acto Legislativo, la existencia de un propósito criminal en el desarrollo de una acción militar rompe cualquier vínculo pretendido con el servicio. Sin embargo, se ha evidenciado la manipulación de pruebas por las jurisdicciones militares en algunos casos de los llamados “falsos positivos”<sup>14</sup> para evitar poder considerar la criminalidad de la conducta.

---

activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares.”

<sup>12</sup> *Ibidem*, punto 14; CoIDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 15 de septiembre de 2005, CoIDH, Serie C No. 134, párr. 202; CoIDH, *Caso Lori Berenson Mejía Vs Perú*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 142; y CoIDH, *Caso 19 Comerciantes Vs Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párr. 165.

<sup>13</sup> Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-358 de 1997, de 5 de agosto de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia C-878 de 2000, de 12 de julio de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; sentencia C-713 de 2008, de 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>14</sup> ASFC: *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo “positivo”*, mayo 2012. Disponible en: [http://www.asfcandada.ca/documents/file/asf\\_rapport-espagnol-v5\\_lq.pdf](http://www.asfcandada.ca/documents/file/asf_rapport-espagnol-v5_lq.pdf) (páginas 30-35).



En ningún caso se puede considerar que los daños causados a civiles, incluso en el marco de una operación militar, constituyen “*bienes jurídicos propios del orden militar*” según la interpretación que hace la CoIDH.

Así lo ha confirmado la jurisprudencia nacional, al señalar que estos delitos “no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial”<sup>15</sup>.

Cabe señalar que el fuero militar o policial no son fueros de privilegios personales sino que pretenden proteger la institución frente a vulneraciones exteriores, y por esta razón deben limitarse a contemplar los delitos de función de los militares en activo y en ningún caso los delitos que se encuentren por fuera de la misión constitucional de la Fuerza Pública. Esta misión constitucional está definida por el artículo 217 de la Constitución colombiana y contiene la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y la defensa del orden constitucional. De ningún modo se puede pretender que las violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH buscan cumplir con la finalidad de la misión de la Fuerza Pública y por ende no se puede reivindicar su enjuiciamiento por cortes y tribunales castrenses. Así que aunque el artículo 3 del Acto Legislativo precise que “*[d]e los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar*”, consideramos que esta disposición es demasiado amplia al ignorar que deben ser delitos o infracciones que vulneran bienes jurídicos propios del orden militar. Es más, la exclusión que hace de ciertas infracciones graves en contra del DIH o de ciertas violaciones a los DDHH, es demasiado restringida ya que se podría entender que las demás violaciones al DIH y a los DDHH tienen un nexo con el servicio, en total contradicción con la misión constitucional de la Fuerza Pública.

Otra dificultad que surge está relacionada con los crímenes de lesa humanidad, excluidos del proyecto. La Corte Suprema de Justicia (CSJ) ha señalado que las ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual y otros abusos militares podrían ser juzgados como delito de lesa humanidad si forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil efectuado con conocimiento del ataque y de acuerdo con la política de un Estado u organización<sup>16</sup>. Al aprobarse el Acto Legislativo contemplado, sin más aclaraciones sobre quién soporta la carga de la prueba y suponiendo que sea la víctima, significa una imposibilidad para las víctimas de probar estos elementos constitutivos por razones obvias, como la falta de recursos económicos y materiales para probar dichos elementos, lo que

---

<sup>15</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-358 de 1997, de 5 de agosto de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>16</sup> Sala de Casación Penal de la CSJ de Colombia, Proceso N.º 34180, decisión del 23 de mayo de 2012.

resultaría en el enjuiciamiento del delito por tribunales penales militares. Puede que esta responsabilidad recaiga sobre el tribunal de garantías penales, aunque esto aún debe ser desarrollado mediante ley estatutaria<sup>17</sup>.

Al aprobar el Acto Legislativo, el Congreso y el Presidente han ocasionado un retroceso importante de la justicia colombiana, ya que tanto las leyes como la jurisprudencia nacional e internacional prevén que de existir duda en casos que implican a uniformados es la justicia ordinaria quien debe ser competente<sup>18</sup>. Cabe referirnos a los *Principios actualizados sobre la promoción y protección de los DDHH para la lucha contra la impunidad*, de 2005, de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), donde se indica que “*la competencia de los tribunales militares debe ser limitada a las únicas infracciones específicas militares cometidas por los militares, excluyendo las violaciones a los DDHH*”<sup>19</sup>.

ASFC considera que aprobar la extensión del fuero militar para juzgar delitos cometidos contra civiles mediante el mencionado Acto Legislativo es una violación al derecho de las garantías judiciales, reconocido tanto por el derecho internacional como nacional.

## ***b. Vulneración del principio de independencia e imparcialidad de la Justicia***

Otro tema de preocupación está relacionado con las vulnerabilidades frente al principio de independencia e imparcialidad de la justicia que reconocen los artículos 228 y 230 de la Constitución colombiana y a su vez los Códigos procesales penales todavía en aplicación en el país<sup>20</sup>. Es importante para respetar estos principios que los magistrados no tengan un vínculo directo con los procesados. En el caso de la JPM, el Acto Legislativo contempla que los integrantes de las cortes y tribunales castrenses sean miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. Es decir, no aporta modificación alguna a la composición de las cortes castrenses existentes. Sin descartar la buena fe de los magistrados castrenses, se está contemplando perdurar con una justicia de pares en una institución donde además reina un fuerte espíritu de cuerpo. Como hemos señalado anteriormente<sup>21</sup>, la

---

<sup>17</sup> Sobre la incertidumbre acerca de la comisión mixta, véase el apartado C en este mismo documento.

<sup>18</sup> Resaltamos el comunicado de Human Rights Watch en este sentido: <http://www.hrw.org/es/news/2012/10/25/colombia-carta-al-presidente-santos-criticando-ampliacion-del-fuero-militar>, 25 de octubre del 2012.

<sup>19</sup> Véase: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/01/PDF/G0510901.pdf?OpenElement> (Principio 29).

<sup>20</sup> Código Procesal Penal del año 2004 (ley 906): artículo 5 (Imparcialidad), artículo 46 (Independencia e imparcialidad); Código Procesal Penal del año 2000 (ley 600): artículo 12 (Autonomía e independencia). Coexisten estos dos códigos procesales en el ordenamiento jurídico colombiano en función de la fecha de inicio del juicio debido a que el código que fue adoptado en 2004 no es de aplicación retroactiva.

<sup>21</sup> *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana*, 2012, ASFC, párr. 3.2 sobre Justicia Penal Militar, página 30. Para leer el informe en español referirse a: [http://www.asfcanada.ca/documents/file/asf\\_rapport-espagnol-v5\\_lq.pdf](http://www.asfcanada.ca/documents/file/asf_rapport-espagnol-v5_lq.pdf)

JPM sigue siendo una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional y por lo tanto no puede ser considerada de ninguna forma como una jurisdicción independiente e imparcial.

Así lo confirma la jurisprudencia internacional aplicable en la materia analizada. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reiteró en varias ocasiones, incluso en el caso *Leydi Dayán Sánchez vs. Colombia*<sup>22</sup>, que la jurisdicción penal militar, por su naturaleza y estructura, no satisface las exigencias de imparcialidad e independencia requeridas para una Corte de justicia por el artículo 8.1 CADH<sup>23</sup>. Explicita que *“el sistema de la justicia penal militar tiene varias características singulares que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial en esta jurisdicción. En primer lugar, el fuero militar no puede ser siquiera considerado como un verdadero sistema judicial. El sistema de justicia militar no forma parte del Poder Judicial del Estado colombiano. Esta jurisdicción es operada por las fuerzas de la seguridad pública y, en tal sentido, queda comprendida dentro del Poder Ejecutivo. Quienes toman las decisiones no son jueces de la carrera judicial y la Fiscalía General no cumple su papel acusatorio en el sistema de la justicia militar”*<sup>24</sup>.

Si bien se reformó el Código Penal Militar en 2010, no se ha modificado la pertenencia al Ministerio de Defensa, la calidad de militares de los jueces, y el rol acusatorio de la Fiscalía General a pesar de las recomendaciones de la CIDH que apuntaban hacia ese cambio. Esto significa que el fuero militar vigente carece de idoneidad como foro para examinar, juzgar y sancionar casos que involucran violaciones de derechos humanos. Cabe resaltar la mención que hace el artículo 3 del Acto Legislativo sobre el fondo para financiar un Sistema de Defensa Técnica y Especializada para los miembros de la Fuerza Pública. En dicho artículo se precisa que dicho fondo se encontrará bajo la *“dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional”*. Esto deja entrever la posibilidad de que se presente una falta de independencia e imparcialidad como también otras violaciones de las garantías judiciales al tener a un Ministerio de Defensa que provee de una defensa a los miembros de la Fuerza Pública pero también tiene una relación de trabajo con los funcionarios de la JPM.

ASFC estará pendiente de los aportes que podría traer consigo la ley estatutaria a cargo de definir las garantías de autonomía e imparcialidad de la JPM, así como de la ley ordinaria que regulará la estructura y el sistema de carrera propio con el fin de velar a que se rompa la vinculación política e institucional de la JPM con el Ministerio del cual depende.

---

<sup>22</sup> CIDH, Informe sobre el fondo No. 43/08, Caso No. 12.009, Leydi Dayán Sánchez (Colombia), 23 de julio de 2008, párrs. 76 y 77.

<sup>23</sup> CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1999), págs. 175 a 186; ver también Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1993), pág. 237, donde se resalta que *“Los tribunales militares no garantizan la vigencia del derecho a obtener justicia, ya que carecen de independencia, que es un requisito básico para la existencia de este derecho. Además, en las sentencias que han dictado han puesto de manifiesto pronunciada parcialidad, pues con frecuencia se han abstenido de imponer sanciones a los miembros de las fuerzas de seguridad que, probadamente, han participado en graves violaciones de derechos humanos”*.

<sup>24</sup> CIDH, Informe sobre el fondo No. 43/08, Caso No. 12.009, Leydi Dayán Sánchez (Colombia), 23 de julio de 2008, párrs. 76 y 77.

Los tribunales deben revestir las garantías de competencia, imparcialidad e independencia indicadas y el Estado debe garantizar el debido proceso y la protección judicial respecto a las actuaciones de las autoridades militares<sup>25</sup>. En el caso del Acto Legislativo, la protección judicial se convierte en un privilegio de defensa para los procesados de la Fuerza Pública<sup>26</sup>. Es imprescindible que sus integrantes no tengan un interés directo, un perjuicio favorable o desfavorable hacia una u otra de las partes, y que no se encuentren involucrados en la controversia. Al constituir a militares como magistrados de cortes castrenses no se están respetando estas obligaciones de imparcialidad e independencia, ya que un juez militar pertenece a una institución que debe proteger y por ende entra en un conflicto de interés que no es aceptable para una buena administración de justicia.

El sistema de carrera, propuesto en la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo, no puede de por sí aportar soluciones a la composición de la jurisdicción castrense, toda vez que no resuelve el tema del vínculo profesional directo entre los miembros contemplados como posibles magistrados y el Ministerio de Defensa, al cual pertenecen los inculcados de que se trata.

Otro aspecto que no se justifica es la presunta necesidad de tribunales castrenses sobre la base de un mayor conocimiento de los asuntos militares. Sin embargo, los tribunales penales ordinarios siempre tienen la facultad de recurrir a expertos cuando lo consideran necesario con el fin de determinar conocimientos en cuestiones militares. Esta facultad de recurrir a expertos evita que se tenga que crear tribunales especializados para cualquier tipo de especificidad profesional. Por esta misma razón, nadie se ha atrevido a sugerir que los jueces que conocen casos relacionados con asuntos médicos tuviesen que ser expertos en la materia. Por otro lado, casos que reflejan episodios de violencia sexual, o desaparición forzada no exigen del juez conocimientos particulares sobre cuestiones militares porque dichos delitos no cumplen con la función constitucional del Ejército.

En síntesis, crear un fuero que traspasa las fronteras de los delitos funcionales hace temer una posible brecha de impunidad frente a delitos en contra de los DDHH. Por ello, es necesario que la JPM se contemple como excepcional, aplicando los estándares nacionales e internacionales que ya se han señalado.

ASFC considera que esta propuesta limita el acceso a la justicia de las víctimas, puesto que las conductas serán juzgadas por tribunales que no reúnen las condiciones de imparcialidad e independencia.

---

<sup>25</sup> CoIDH, *Caso Palamara Iribarne Vs Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párrs. 120-189 y 257.

<sup>26</sup> Recordamos que la Convención Americana en su artículo 8.1 contempla que toda persona tiene el derecho a ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.

## B. Aspectos de vulnerabilidad a los principios del DIH

El artículo 3 del Acto legislativo estipula que *“[e]n ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales”*.

En relación con el DIH, existe una corriente que considera que las infracciones al mismo tienen el carácter de “delito militar” y por consiguiente se requiere que el juez tenga conocimientos jurídicos propios del Derecho Penal Militar<sup>27</sup>. Sin embargo, es importante anotar que los crímenes de guerra constituyen violaciones al Derecho Internacional, es decir, atentan contra el orden público internacional o contra el conjunto de intereses jurídicos reconocidos como tales por los Estados. Por consiguiente, están sometidos a las reglas de la jurisdicción universal: imprescriptibilidad, obligación de extradición y no amnistía, entre otros<sup>28</sup>. Tanto el DIH como el Derecho Penal Internacional, mediante la tipificación de una serie de conductas como crímenes de guerra, buscan la protección de bienes jurídicos esenciales a los derechos humanos, los cuales no pueden suspenderse en tiempo de guerra.

Cabe resaltar que no son solamente los miembros de las fuerzas militares quienes cometen crímenes de guerra en el marco de un conflicto armado. Nos referimos a aquellos que forman parte de los grupos armados, las fuerzas disidentes, los líderes civiles que dirigen las partes en el conflicto y quienes toman parte en las hostilidades. Estas personas tendrían el estatus de “combatiente” de acuerdo con el DIH, pero conservan el estatus de “civil” a efectos de la justicia penal. En relación con este punto, es importante recordar el derecho de todo ser humano al debido proceso y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos. Es decir que si miembros de grupos armados de oposición son investigados y juzgados por tribunales militares, estos dos derechos se verían afectados por la ausencia de independencia e imparcialidad del juez.

El Consejo Superior de la Judicatura, mediante decisión de 12 de febrero de 2009, indicó que crímenes como el homicidio, la desaparición forzada, y cualquier otro *“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*

---

<sup>27</sup> Véase Federico Andreu Guzmán: *Tribunales Militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, 2011, pág. 100.

<sup>28</sup> *Ibid.*

*aprehender la investigación y el juzgamiento de esta clase de conductas*<sup>29</sup>. Asimismo, la Corte Constitucional sostiene que las fuerzas militares tienen la obligación de impedir el desconocimiento del DIH y los derechos que conforme a los tratados internacionales no pueden ser suspendidos durante un estado de excepción. La Corte sostiene que “permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio”<sup>30</sup>.

Además, la decisión de crear una ley que facilite la aplicación e interpretación del DIH al nivel nacional, teniendo en cuenta las especificidades del conflicto colombiano, hace temer la reinterpretación de los tratados internacionales. Por el carácter imperativo que reviste el DIH en los ordenamientos jurídicos nacionales dicha ley sería considerada como innecesaria. Los delitos tipificados en los convenios de Ginebra de 1949 y sus respectivos protocolos de 1977 son de aplicación directa. No se puede permitir una flexibilización o transformación del fundamento de esta normatividad que reside en la protección de civiles. De ninguna forma se podría trastornar el mensaje para convertirlo en una licencia dada a las partes en conflicto para generar daños excesivos e innecesarios.

Una ley que contradice el DIH no sería válida, sobre todo si transforma o disminuye los delitos contemplados en los tratados internacionales.

ASFC considera que una ley de esta índole debería limitarse a replicar los estándares del DIH ya existentes, pero de ninguna forma a interpretar o adaptar su contenido.

Como es sabido, la jurisdicción penal ordinaria tiene competencia sobre las violaciones de derechos humanos de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisprudencia de las altas cortes en Colombia y la CoIDH. De esta forma, si miembros de las fuerzas militares y policiales son juzgados por tribunales militares por su autoría y/o participación en violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, no habrá forma de garantizar la imparcialidad e independencia de estos tribunales al momento de investigar, juzgar y sancionar a los presuntos responsables. La investigación y juzgamiento de los responsables por infracciones al DIH ante la jurisdicción militar podría resultar en un aumento de los índices de impunidad en el país. En este sentido, podría justificar una apertura de investigación por parte de la CPI en razón de la falta de voluntad del Estado para investigar y juzgar efectivamente a los responsables de crímenes de guerra (artículo 17.1.a y b del ER). Ejemplo de ello es la lentitud con que se ha investigado y juzgado a militares responsables por “falsos positivos”, donde se han

---

<sup>29</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, sentencia de 12 de febrero de 2009, Rad. No. 110010102000200900097 01-1134C. En Federico Andreu Guzmán, *ibíd.* 1, pág. 53.

<sup>30</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-1184 de 2001. En Federico Andreu Guzmán, *ibíd.* 1, pág. 107.

presentado numerosos conflictos de competencia entre la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria<sup>31</sup>.

Es importante anotar que el artículo 17.2 del ER establece ciertos criterios para determinar si un Estado carece de voluntad para investigar y juzgar a los responsables por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. El primer criterio se refiere a situaciones en las cuales el juicio – que puede estar en curso o haber terminado – o la decisión adoptada por la jurisdicción nacional tienen como propósito sustraer a la persona de su responsabilidad penal por crímenes que son de la competencia de la CPI<sup>32</sup>. El segundo criterio se refiere a la existencia de demoras injustificadas en el proceso<sup>33</sup>. Esto significa aún más que la noción usual de “demora indebida”, en el sentido que debe extenderse más allá de las demoras de un caso complejo, hasta que sea *incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia*<sup>34</sup>. Estas demoras deben valorarse, según la Fiscalía de la CPI, en función de los plazos de tiempo que transcurren en las causas y las razones objetivas que existen para explicarlas<sup>35</sup>. Igualmente, se pueden valorar las pruebas que indiquen una falta de intención para judicializar a ciertas personas<sup>36</sup>.

Es asimismo relevante mencionar que de acuerdo con el análisis elaborado por la Fiscalía de la CPI sobre los criterios para determinar la falta de capacidad o voluntad de un Estado al momento de investigar y enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales contenidos en el ER, el régimen de fuero jurisdiccional constituye uno de los elementos que debe ser considerado al momento de analizar la imparcialidad e independencia de las investigaciones y enjuiciamientos en un país.<sup>37</sup> La Fiscalía de la CPI indica que la independencia en los procesos judiciales puede ser analizada con base en indicadores como el presunto involucramiento de los aparatos del Estado e incluso de aquellos responsables por la ley y el orden en la comisión de crímenes, el nombramiento y despido de investigadores, fiscales y jueces que pueda afectar el debido proceso en el caso, la aplicación de un régimen de inmunidad y privilegios de jurisdicción para presuntos perpetradores, interferencia política en las investigaciones y juicios, y la corrupción de investigadores, fiscales y jueces.<sup>38</sup>

---

<sup>31</sup> Véase ASFC: *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo “positivo”*, mayo 2012, disponible en [http://www.asfcanada.ca/documents/file/asf\\_rapport-espagnol-v5\\_lq.pdf](http://www.asfcanada.ca/documents/file/asf_rapport-espagnol-v5_lq.pdf) (páginas 30-35).

<sup>32</sup> ER, Artículo 17(2)(a).

<sup>33</sup> ER, Artículo 17(2)(b).

<sup>34</sup> Véase, sobre el tema, Mohamed M. El Zeidy: *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, páginas 181-187.

<sup>35</sup> Oficina de la Fiscalía de la CPI, Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, 4 octubre 2010 (« OF-CPI Draft Policy Paper »), párr. 63. ; versión en español: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Véase: *The principle of complementarity in practice, informal expert paper, the International Criminal Court*, ICC-01/04-01/07-1008-AnxA 30-03-2009, págs. 14 y 28.

<sup>38</sup> Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, Corte Penal Internacional, 4 de octubre de 2010, La Haya, párr. 64.

De igual manera, vale la pena preguntarnos sobre la capacidad de la JPM para investigar y juzgar a los miembros de la Fuerza Pública presuntamente responsables de crímenes internacionales contenidos en el ER. Si bien lo plantea el Acto Legislativo, una ley estatutaria desarrollará “las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar” además de una ley ordinaria la cual tendría como objetivo la regulación de “una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional”. Esto nos lleva a concluir que la JPM todavía no tiene la capacidad para llevar a cabo de manera independiente, imparcial y eficaz investigaciones y enjuiciamientos de aquellos miembros de la Fuerza Pública presuntamente responsables por la comisión de crímenes internacionales y por consiguiente, la JPM no tendría la capacidad de evacuar en un tiempo razonable el número de procesos judiciales por infracciones al DIH lo que hace viable que la CPI pueda abrir una investigación de los crímenes cometidos en Colombia por miembros de la Fuerza Pública.

Por todo lo expuesto, ASFC advierte sobre la posibilidad de una eventual apertura de investigación por parte de la CPI frente a los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en Colombia, de llegar a probarse una falta de voluntad por parte del Estado colombiano para investigar y juzgar a los responsables de manera imparcial e independiente.

### **C. Aspectos de vulnerabilidad al principio de igualdad de los sujetos de Derecho**

Otra preocupación que surge a raíz de la propuesta es la explícita vulneración del principio de igualdad de los sujetos de Derecho protegido por la Constitución colombiana<sup>39</sup>. En efecto, introducir un tribunal de garantías penales especial para los miembros de la Fuerza Pública, bien sea ante jurisdicciones penales civiles o militares, y un fondo para crea un Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública para brindarles defensa material introduce, al no ser otorgados a los ciudadanos comunes, un privilegio de defensa a dichos miembros, según una interpretación literal del Acto Legislativo.

Recordamos que explícitamente el artículo 13 de la Constitución colombiana estipula el principio de igualdad y no discriminación. Según la ley suprema todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, deben recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

---

<sup>39</sup> Artículo 13 de la Constitución colombiana de 1991: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.



La figura del Defensor del Pueblo, según el artículo 282 de la Constitución colombiana, se creó para orientar e instruir a los colombianos en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades, así como para velar por la defensa y garantía de los derechos humanos<sup>40</sup>.

Asimismo la figura del Procurador General de la Nación, junto con sus delegados y agentes, tiene la obligación de *“intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”*<sup>41</sup>. Por ende, entre las funciones del Defensor del Pueblo y del Procurador General de la República se incluye la protección del derecho que tiene cualquier ciudadano colombiano, sin distinción alguna, a un debido proceso<sup>42</sup>.

Por otra parte, la figura del juez de garantías que existe en todos los procesos judiciales vela por el cumplimiento adecuado de las leyes y demás normas vigentes en el país. En la jurisdicción militar existe el juez penal militar de control de garantías<sup>43</sup>. Crear el Tribunal de Garantías Penales como lo propone el Acto Legislativo significa retirar por completo el rol acusatorio e investigativo que ejerce la Fiscalía General de la Nación, contraviniendo aún más la jurisprudencia internacional<sup>44</sup>.

En cuanto al aspecto relativo a introducir un fondo para la defensa técnica de los militares en cualquier tipo de proceso, subrayamos que ya existe una defensoría técnica penal militar según el artículo 287 del Código Penal Militar. En este sentido, la JPM cuenta con un grupo de abogados y miembros de la Fuerza Pública, empleados civiles del Ministerio de Defensa y particulares, que ejercen la defensa técnica de militares o policías investigados por delitos cometidos en el marco de su servicio. Este artículo excluye la posibilidad de que el Estado brinde una defensa técnica a militares acusados por delitos graves en contra de los DDHH, ya que éstos rompen el vínculo con el servicio. Sin embargo, el Acto Legislativo propone

---

<sup>40</sup> Artículo 282 de la Constitución colombiana de 1991: “El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:

1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.
2. Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.
3. Invocar el derecho de Habeas Corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.
4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.
5. Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia.
6. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.
7. Rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones.
8. Las demás que determine la ley.

<sup>41</sup> Artículo 277.7 Constitución colombiana: El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: (...) 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

<sup>42</sup> Cabe recordar que el derecho al debido proceso está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 8.1 y 9 de la CADH y el artículo 29 de la Constitución colombiana.

<sup>43</sup> Artículo 214 Código Penal Militar

<sup>44</sup> CIDH, Informe sobre el fondo No. 43/08, Caso 12.009, Leydi Dayán Sánchez (Colombia) 23 de julio de 2008, párr. 77.

ampliar dicha defensa técnica y crear una línea presupuestal específica para financiar dicho fondo. Es habitual que los Ministerios brinden asesoría jurídica y defensa técnica a sus empleados cuando estos sean acusados de delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, pero en ningún caso para encubrir delitos graves contra la persona. Además, el costo es asumido dentro del presupuesto establecido para la entidad pública, no como un gasto específico. Es importante resaltar que el Acto Legislativo otorga un poder especial al Presidente para que pueda a través de un decreto-ley, tomar medidas inmediatas tras la promulgación del texto para la implementación del fondo, que serán vigentes hasta que el Congreso adopte una ley específica al respecto. Lo anterior nos hace reflexionar sobre la correlación entre el gran número de militares o policías investigados por crímenes contra los DDHH y el DIH, y la petición de crear un fondo especial de Defensa. Para honrar a la Fuerza Pública y por ende al Estado colombiano, ¿no se debería mejor sanear las filas de la Fuerza Pública de los autores intelectuales y materiales de dichos crímenes?

Tomando en cuenta que ya existen varias figuras que protegen los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos frente a la Justicia, sin importar la jurisdicción contemplada, no se entiende la introducción de un privilegio de defensa en favor de los miembros de la Fuerza Pública.

Otro ejemplo de vulneración del principio de igualdad aparece en la proposición de mantener y ampliar el fuero carcelario. Si observamos la ejecución de la pena en los casos de miembros de la Fuerza Pública condenados, ésta siempre se cumple en prisiones ubicadas en guarniciones militares, mientras que en justicia ordinaria las penas privativas de libertad siempre se cumplen en una cárcel común. El Acto Legislativo precisa que la detención preventiva de los miembros de la Fuerza Pública se cumplirá en centros de reclusión establecidos exclusivamente para ellos, y a falta de éstos se hará en instalaciones de la Unidad a la que pertenezcan. Añade que la condena se cumplirá en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública. Esta precisión no contradice la realidad actual conforme al artículo 40 del Código Penal Militar vigente, que estipula que las penas de prisión se cumplirán en un establecimiento militar o policial; sin embargo, la amplía a situaciones de detención preventiva. Así, este Acto Legislativo introduce un privilegio adicional que aumenta la distorsión del principio de igualdad entre los ciudadanos sin justificación.

Se ha evidenciado que el uso de instalaciones militares como sitio de reclusión carece de garantías, controles eficaces y de un reglamento carcelario adecuado<sup>45</sup>. Quienes han sido condenados por violaciones de DDHH o infracciones al DIH no deberían beneficiarse de un trato preferencial por tratarse de delitos sumamente graves.

---

<sup>45</sup> Véase, sobre este tema: <http://www.semana.com/nacion/despelote-carceles/162271-3.aspx>; [http://www.elnuevoempresario.com/noticias\\_72427\\_crece-en-colombia-escandalo-por-irregularidades-en-carcel-militar.php](http://www.elnuevoempresario.com/noticias_72427_crece-en-colombia-escandalo-por-irregularidades-en-carcel-militar.php); [http://www.canalrcnmsn.com/noticias/despu%C3%A9s\\_de\\_2\\_fugas\\_mayor\\_r\\_del\\_ej%C3%A9rcito\\_regresa\\_un\\_a\\_base\\_militar\\_como\\_c%C3%A1rcel](http://www.canalrcnmsn.com/noticias/despu%C3%A9s_de_2_fugas_mayor_r_del_ej%C3%A9rcito_regresa_un_a_base_militar_como_c%C3%A1rcel); <http://www.colectivodeabogados.org/Guerra-juridica-y-reforma-al-Fuero>

Al aprobar la reforma al fuero penal militar en los términos plasmados en el Acto Legislativo 16 de 2012, el Honorable Congreso de la República desconoció los principios plasmados en la Constitución Política colombiana y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, los cuales velan por la igualdad de los sujetos de derecho ante la ley. Las preocupaciones frente a la seguridad jurídica del derecho a la defensa justa deberían resolverse con soluciones integrales que beneficien a todos y todas los ciudadanos colombianos en condiciones de igualdad ante la ley.

ASFC considera que en este caso no existen razones que justifiquen la existencia de beneficios judiciales aplicables sólo a una minoría.

## **D. Aspectos de vulnerabilidad al principio de seguridad jurídica**

### ***a. Principio de aplicación de la ley más favorable en materia penal***

El Acto Legislativo supuestamente respondía a inquietudes en cuanto a las sanciones aplicadas en la jurisdicción penal militar y por consiguiente sobre la utilización del principio de aplicación de la ley más favorable en los procesos penales. En efecto, si la normatividad propuesta aparece más favorable en cuanto al procedimiento, a la sanción aplicable o a su implementación, el procesado o condenado podría bajo el artículo 29 de la Constitución colombiana pedir la aplicación de la ley más favorable. Significa que, aunque para garantizar el derecho fundamental al debido proceso la norma penal rige desde su promulgación hasta su derogatoria y rige para el futuro, se introduce una excepción al carácter no retroactivo de la ley, cuando es más benigna que la anterior<sup>46</sup>.

En este sentido, a lo largo de los debates que tenían lugar en el Senado, preocupaba que casos de violaciones de DDHH que son conocidos por la jurisdicción ordinaria terminaran trasladados a la jurisdicción militar. Es decir, casos de violaciones de DDHH – que no corresponderían a crímenes de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, violencias sexuales, tortura, desplazamiento forzado y ejecuciones extrajudiciales (excluidos de la propuesta) – podrían ser trasladados a la JPM<sup>47</sup>. Tras el sexto debate en el Congreso se incluyó un aparte en la propuesta donde se especifica que los procesos penales que se adelanten contra miembros de la Fuerza Pública por delitos expresamente excluidos del conocimiento de la JPM y que se encuentren ante la justicia ordinaria, continuarán en ésta. El Acto Legislativo aprobado especifica que los procesos penales por delitos que no tengan relación con el servicio tendrán el mismo destino que los procesos por delitos específicamente excluidos en el mismo. Sin embargo, no se hizo referencia a los demás

---

<sup>46</sup> Artículo 8 del Código Penal Militar de 2010.

<sup>47</sup> Proyecto de Ley número 187 de 2012, artículo 4 Transitorio.

procesos adelantados en justicia ordinaria por casos de crímenes contra los DDHH e infracciones del DIH. El texto consolidado que es el promulgado por el Presidente de la República en diciembre 2012, precisa que los casos en contra de militares actualmente de la competencia de la justicia ordinaria deberán, en un plazo máximo de un año, ser trasladados a la JPM a pesar de la dilatación de tiempos que esto significaría además de todas las carencias en cuanto a garantías judiciales que dicha jurisdicción viste.

ASFC considera que no se pueden otorgar beneficios judiciales a quienes han cometido crímenes atroces, bien sea miembros de la Fuerza Pública o miembros de grupos armados ilegales.

### ***b. La incertidumbre acerca del conflicto de competencia entre jurisdicciones***

La propuesta relativa a la resolución de conflictos de competencia entre la jurisdicción militar y ordinaria también resulta problemática a la luz de la Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia.

En primer lugar se identifica una falta de claridad en cuanto a las responsabilidades del Tribunal de garantías penales y del Comité técnico, en particular sobre si actuarían de oficio o a petición de una de las partes. Esta parte ha sufrido numerosas modificaciones a lo largo de los debates sin embargo la versión final no permite sanear las dificultades que plantea. En segundo lugar, no hay claridad en cuanto a la aparición de la duda sobre la jurisdicción competente, en términos procesales. Es decir, en caso que el representante de una supuesta víctima de violación a los derechos humanos por parte de un miembro de la Fuerza Pública alegue un conflicto de jurisdicción, no se contempla la posibilidad de que pueda invocar la intervención de una u otra institución creada. Debido al funcionamiento de la JPM en Colombia, esto representa una vulneración del derecho de acceso a la justicia. Reiterando la jurisprudencia Interamericana citada anteriormente, la JPM no puede en ningún caso ser competente para juzgar delitos en contra de civiles por no constituir un bien jurídico específico del orden militar. Además, rompe con el principio de igualdad al provocar una distinción entre el procedimiento penal ordinario y el procedimiento penal militar, debido a que ya existe un Alto Tribunal, de naturaleza jurisdiccional, que dirime los casos de conflictos de competencia.

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que, para que un miembro de la Fuerza Pública pueda ser amparado por el fuero militar *“[...] la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la Justicia Penal Militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe*

*aplicarse*<sup>48</sup>. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”. Recordemos, así mismo, que durante la reforma al Código Penal Militar de 1999<sup>49</sup>, el legislador clarificó lo que se podía y lo que no se podía entender como “delito relacionado con el servicio”. Preciso que el delito debía derivar directamente de las funciones militares o policiales<sup>50</sup>. Subrayó que bajo ninguna circunstancia los crímenes de tortura, crímenes contra la humanidad o infracciones al DIH podían constituir un vínculo funcional entre el agente y el servicio<sup>51</sup>.

El Acto Legislativo, al introducir la intervención de una comisión técnica para resolver la duda sobre la jurisdicción competente, modifica los estándares mencionados en el párrafo anterior, donde se determina la favorabilidad de la jurisdicción ordinaria sobre la militar en caso de duda.

Por otro lado, se elimina la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación para determinar si el delito pertenece a la jurisdicción militar con base en un examen preliminar de la prueba disponible. Esto resulta en la pérdida de un mecanismo de control y garantía frente al principio de excepcionalidad de la JPM.

La versión final del Acto Legislativo no soluciona estas dudas debido a que por el momento es necesario esperar la aprobación de una ley estatutaria para tener los detalles del funcionamiento y organización del Tribunal de Garantías el cual tendrá la labor permanente de dirimir conflictos de competencia que surjan. Así mismo, se regulará todo lo concerniente al funcionamiento de un comité técnico que actuaría en caso de un conflicto de competencias tras un operativo de la Fuerza Pública. Sobre este punto, surge un gran interrogante sobre la existencia de dos entidades mixtas de resolución de conflictos de competencia debido a que el Acto Legislativo precisa que la JPM solo contemplará los delitos cometidos en el marco del servicio, es decir, en el marco de actividades militares lo que se llama “acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública” (Artículo 3 del Acto Legislativo).

Si existe una institución para delitos que no surgen a raíz de una actividad militar, queda sin fundamento la noción de “en relación con el mismo servicio”. Esto significaría que cualquier proceso penal en contra de un miembro de la Fuerza Pública sería de la competencia de la JPM, violando así toda la normatividad y jurisprudencia internacional mencionada anteriormente.

---

<sup>48</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-358 de 1997. Subrayado añadido por los autores.

<sup>49</sup> Ley 1407 de 2010.

<sup>50</sup> Artículo 2 Ley 1407 de 2010.

<sup>51</sup> Artículo 3 Ley 1407 de 2010.

ASFC considera que conforme a la normatividad internacional y nacional vigente, así como a la jurisprudencia correspondiente, los casos que involucren a un civil o donde se presuma la comisión de un delito contra los DDHH o el DIH deberán ser de competencia inmediata de la justicia ordinaria.

## Conclusión

Tras revisar los distintos aspectos del Acto Legislativo podemos concluir que presenta contradicciones con los tratados de Derechos Humanos y DIH ratificados por Colombia y que a su vez vulnera algunos principios fundamentales contenidos en la Constitución Nacional, como son el derecho al debido proceso, la seguridad jurídica, el principio de igualdad y no discriminación, el derecho de acceso a la justicia, la independencia e imparcialidad del Poder Judicial y los derechos fundamentales protegidos por ella.

ASFC considera que los cambios que introduce el Acto Legislativo a la Constitución Política de 1991 podrían resultar en una sustitución<sup>52</sup> de la misma, debido a la transformación que se genera en los principios constitucionales de independencia de la función judicial, autonomía de la función judicial y acceso a la justicia, elementos esenciales que configuran el orden constitucional<sup>53</sup>. Esta línea de análisis abre la puerta a un control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Por otro lado, es importante señalar que la Corte Constitucional podrá, además, ejercer un control constitucional sobre las leyes estatutarias que desarrollen el Acto Legislativo. Dicho control sería ejercido de oficio, tanto por su contenido material como por eventuales vicios de procedimiento en su formación<sup>54</sup>.

Además, de acuerdo a la exposición de motivos de la reforma se puede concluir que los argumentos expuestos no justifican la necesidad y conveniencia del Acto Legislativo contemplado. En este sentido, se puede afirmar que “la discusión responde más a posiciones ideológicas y políticas que a consideraciones legales y fácticas u objetivas”<sup>55</sup>.

Varias organizaciones internacionales han documentado violaciones a los derechos humanos y al DIH cometidas presuntamente por miembros de las Fuerzas Militares, quienes están

---

<sup>52</sup> Según la Corte Constitucional de Colombia, “el concepto de sustitución refiere a una transformación de tal magnitud y trascendencia, que la Constitución anterior a la reforma aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles”. Sentencia C-1040 de 2005. Cabe recordar que la jurisprudencia ha ampliado la facultad de control que puede ejercer la Corte Constitucional en la medida que el Congreso sólo está facultado para reformar la Constitución, pero no para cambiarla o sustituirla. Véase Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1200 de 2003 y C-1040 de 2005.

<sup>53</sup> Para identificar si existió una sustitución, la Corte Constitucional ha establecido una metodología consistente en identificar qué elemento esencial de la Constitución fue reemplazado por la reforma.

<sup>54</sup> Art. 241.8 Constitución Política de Colombia.

<sup>55</sup> Todd Howland, Representante en Colombia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 22 de octubre de 2012.

siendo actualmente investigados y juzgados mientras que otros ya han sido condenados. Sin embargo, todavía hay un gran número de procesos abiertos en contra de miembros de la Fuerza Pública. Sólo en el 2011, 15.000 uniformados fueron procesados judicialmente por violaciones a los DDHH<sup>56</sup>. La Fiscalía General de la Nación reconoció que los “falsos positivos” son una prioridad para el poder judicial y que podía tratarse de delitos de sistema<sup>57</sup> lo que a la luz del acto legislativo aprobado plantea serias dudas en cuanto a la voluntad política de investigar, enjuiciar y sancionar a militares presuntamente responsables de estos homicidios.

El aprobado Acto legislativo se convierte en un elemento de vulneración de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral, y en una búsqueda de respaldo para la actuación de la Fuerza Pública. Esto significa enviar un mensaje equivocado a los miembros de la Fuerza Pública, ya que la propuesta rompe con el principio de igualdad entre los ciudadanos y genera privilegios incomprensibles y peligrosos a quienes poseen el monopolio del uso de la fuerza, cuando éste debería estar estrictamente reglamentado y limitado.

A la luz del proceso de paz, ASFC quiere recordar al Estado colombiano sus obligaciones en cuanto al esclarecimiento de las infracciones a los DDHH y del DIH presuntamente cometidas por algunos miembros de la Fuerza Pública. Dicho Acto Legislativo abre la puerta a que aquellos presuntos responsables por crímenes internacionales e infracciones a los derechos humanos no sean investigados ni enjuiciados y esto provocaría una apertura de investigación por parte de la CPI sobre la base de una falta de voluntad del Estado de efectivamente castigar a los responsables de tales crímenes e infracciones.

A modo de ilustración de una interpretación adecuada del ámbito del fuero militar, referimos al caso mexicano, en el cual la Corte Suprema de la Nación decidió, para acatar una decisión de la CoIDH en contra de México<sup>58</sup>, decretar la excepcionalidad de la JPM y su limitada competencia para juzgar delitos contra bienes jurídicos exclusivos del orden militar. Al contrario de lo que está previsto en el Acto Legislativo colombiano, la Corte Suprema mexicana resolvió que ninguna situación que vulnera los derechos humanos de un civil podía ser de competencia de la JPM<sup>59</sup>. Además, decretó la excepcionalidad del fuero penal militar y

---

<sup>56</sup> Véase: [http://www.eltiempo.com/justicia/15000-uniformados-investigados-en-el-2011\\_12324682-4](http://www.eltiempo.com/justicia/15000-uniformados-investigados-en-el-2011_12324682-4)

<sup>57</sup> Véase: [http://www.hchr.org.co/acnudh/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1815:asi-sera-la-estrategia-de-la-fiscalia-contra-la-impunidad&catid=106:fiscalia&Itemid=83](http://www.hchr.org.co/acnudh/index.php?option=com_content&view=article&id=1815:asi-sera-la-estrategia-de-la-fiscalia-contra-la-impunidad&catid=106:fiscalia&Itemid=83)

<sup>58</sup> CoIDH, Caso Radilla Pacheco Vs México.

<sup>59</sup> Resolución de la SCJN del Expediente varios 912/2010, 4 de octubre del 2010: *“que el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13 conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello es así porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar no garantiza a los civiles o sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario. Consecuentemente, como el párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución Federal dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de acuerdo con lo que ella establece y de conformidad con los tratados internacionales de la materia y favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, deberá considerarse que el fuero militar no podrá operar bajo ninguna*

la aplicación del principio de restricción interpretativa. A pesar del aumento de la violencia en México, el Estado decidió acatarse a los estándares jurídicos Interamericanos en materia de Justicia Penal Internacional limitándola. La postura de su vecino frente a la jurisprudencia internacional hace aún más incomprensible la posición colombiana.

Por el conjunto de razones expuestas en este documento analítico y para honrar a la democracia colombiana, ASFC se sumó, antes de la aprobación de la reforma, a las voces de las víctimas y sus representantes que abogaron por el retiro del Acto Legislativo 16/2012, y sigue condenando esta reforma por provocar una brecha de impunidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

Además de este llamado, ASFC recomienda al Estado colombiano adherir a los estándares internacionales en materia de fuero militar y que lo limite a delitos e infracciones cometidos por miembros activos de la Fuerza Pública relacionados con bienes jurídicos estrictamente del orden militar, como son aspectos disciplinarios o relacionados con principios estructurales y procesales, y que en ningún caso lo utilice cuando existan víctimas civiles<sup>60</sup>. En este último caso siempre debe ser de competencia inmediata de la Justicia ordinaria por tratarse de asuntos que escapan a la competencia estricta de la JPM.

Se recomienda, de igual forma, que el Estado acate las garantías que debe revestir la JPM dentro de la competencia limitada, para que los procesados por ella gocen de las garantías del debido proceso. Esta puesta en conformidad es necesaria para no exponerse a posibles sanciones por parte de jurisdicciones internacionales como la CoIDH o la CPI.

---

*circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles*". Ver Diario Oficial de la Federación: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011)

<sup>60</sup> Véase Informe E/CN.4/1999/63 del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria.



# Anexo 1

## Artículos de la Constitución Nacional que modifica el Acto Legislativo 2 de 2012

### TÍTULO V: DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO; CAPITULO I: DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

**ARTICULO 116.** La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

**(Modificado por Acto Legislativo Número 3 de 2002)**

### TÍTULO VI: DE LA RAMA LEGISLATIVA; CAPÍTULO III: DE LAS LEYES

**ARTICULO 152.** Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.
- e) Estados de excepción.
- f) Un sistema que garantice la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República.

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.

El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.

Si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia.

***(Artículo Modificado por Decreto 2310 de 2004)***

#### **TITULO VII: DE LA RAMA EJECUTIVA; CAPÍTULO VII: DE LA FUERZA PUBLICA**

**ARTICULO 221.** De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

## Anexo 2

### **ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2012 (27 de diciembre) "POR EL CUAL SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS 116, 152 Y 221 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA"**

#### EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DECRETA:

**ARTÍCULO 1°.** Adiciónese el artículo 116 de la Constitución Política con los siguientes incisos:

Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, y ejercerá las siguientes funciones:

1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública.
2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral.
3. De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar.
4. Las demás funciones que le asigne la ley.

El Tribunal de Garantías estará integrado por ocho (8) Magistrados, cuatro (4) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. Sus miembros serán elegidos por la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Gobierno del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pleno. Los miembros de la Fuerza Pública en retiro de este Tribunal serán elegidos de cuatro (4) ternas que enviará el Presidente de la República.

Una ley estatutaria establecerá los requisitos exigidos para ser magistrado, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el mecanismo de postulación de candidatos, el procedimiento para su selección y demás aspectos de organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales.

Parágrafo Transitorio. El Tribunal de Garantías Penales empezará a ejercer las funciones asignadas en este artículo, una vez entre en vigencia la ley estatutaria que lo reglamente.

**ARTÍCULO 2°.** Adiciónese al artículo 152 de la Constitución Política un literal g), así:

g) Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la Constitución, de conformidad con el presente acto legislativo.

**ARTÍCULO 3°.** El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario, Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el DIH.

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código Penal Policial.

La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

Créase un fondo destinado específicamente a financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en la forma en que lo regule la ley, bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la Unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública.

**ARTÍCULO 4°.**Transitorio. Los procesos penales que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos que, no tengan relación con el servicio o por los

delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar de acuerdo a los incisos 1 y 2 del artículo 3 del presente acto legislativo y que se encuentran en la justicia ordinaria, continuarán en esta. La Fiscalía General de la Nación, en coordinación con la Justicia Penal Militar, contará con un periodo de hasta un (1) año para identificar todos los procesos que se adelantan contra los miembros de la Fuerza Pública, y trasladar a la Justicia Penal Militar aquellos donde no se cumplan los supuestos para la competencia de la jurisdicción ordinaria. En el marco de esa coordinación, se podrá verificar si algún proceso específico que cursa en la Justicia Penal Militar podría ser de competencia de la Justicia Ordinaria.

**ARTÍCULO 5°.** Transitorio. Facúltese por tres (3) meses al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley necesarios para poner en marcha el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de que trata el presente Acto legislativo. Los decretos expedidos bajo esta facultad regirán hasta que el Congreso expida la ley que regule la materia.

El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.