



No / MDN-MDVPAIDH-725

Bogotá,

20 OCT 2012

1000442

Señora

JANE CONNORS

Jefa Subdivisión de Procedimientos Especiales
Alta Comisionada Para los Derechos Humanos.
Naciones Unidas

Respetada Señora Connors,

Hago referencia a la solicitud de información que a través de su conducto realizaron los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en comunicado del 02 de octubre de 2012 referente al proyecto de Acto Legislativo No. 016/2012 Senado y 192/2012 Cámara, *"Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia"*.

De manera previa a la contestación de la misma, quisiera manifestarle que este Gobierno valora los aportes de todos los sectores que desde una u otra posición se interesan en la reforma constitucional. Es precisamente con ese espíritu democrático que está avanzando el acto legislativo y que lo ha acompañado desde su concepción hasta el estado actual de su trámite ante el Honorable Congreso de la República, como procederé a explicar en detalle posteriormente. No obstante lo anterior, quiero señalar, que el proyecto de norma referido está surtiendo su proceso de aprobación, de suerte que cualquier apreciación definitiva sobre sus efectos resulta extemporánea.

En tal sentido, será el Congreso de la República el llamado a definir los contenidos definitivos de la norma con la misma seriedad y rigor con que ha venido procediendo frente a este tema. Así continuará – por ejemplo - el debate frente al contenido del listado de conductas punibles llamadas a ser excluidas expresamente del conocimiento de la Justicia Penal Militar. Seguirá tomando como punto de partida el listado propuesto al inicio del trámite legislativo por el Gobierno Nacional, y repasando las reflexiones y los análisis que en cada una de las cámaras se han surtido para definir ese listado.

En efecto, durante los primeros debates, la Cámara de Representantes decantó la lista de delitos inicialmente propuesta por el Gobierno, manteniendo los delitos de lesa humanidad y genocidio, y propuso la remisión a Ley Estatutaria de las demás conductas excluidas de la jurisdicción castrense. El Senado, por su parte, amplió ese listado de conductas y eliminó la remisión a ley posterior, redacción que a la postre se impuso en la etapa de conciliación, con el beneplácito de los miembros de ambas corporaciones, y en la cual se incluían, además de los delitos señalados inicialmente en Cámara: desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado, violencia sexual, y reclutamiento o uso de menores. A la fecha, y luego de seis debates, el texto aprobado por

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111



la plenaria de Cámara de Representantes comprende los delitos de lesa humanidad, genocidio y desaparición forzada sin remisión a Ley posterior, toda vez que se trata de los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la justicia castrense por los tratados internacionales.

Así las cosas, las posiciones consignadas en la exposición de motivos, en las ponencias y textos aprobados por el Senado y la Cámara de Representantes, dan cuenta de esa viva y sostenida deliberación y refrendan un proceso abierto y democrático, que por iniciativa gubernamental hoy atiende el Congreso con la mayor disposición y compromiso, lejos de cualquier imposición o arbitrariedad.

El texto actual nos da la tranquilidad de que no se vislumbra impunidad alguna en ningún caso. Sin embargo, acorde con lo expuesto el Gobierno considera que el debate enriquece la discusión sobre las modificaciones al texto que el Congreso proponga para avanzar en la definición un marco legal claro, e incluso, está abierto al debate sobre la inclusión de ciertas conductas que brinde la tranquilidad y las garantías frente al accionar de la fuerza pública en el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

Precisado lo anterior, me permito brindar información concreta sobre el proceso que se ha venido surtiendo con miras a esclarecer las inquietudes que fueron puestas de presente en la comunicación por Usted remitida.

La iniciativa del Acto Legislativo referido surge tras un profundo análisis al interior del Gobierno Nacional, que en su primera etapa avanzó en la inclusión de un único artículo relacionado con la delimitación de competencias en la justicia penal militar en la denominada reforma a la justicia que entonces hacía trámite en el Congreso de la República. En este marco, se abordó el análisis de una reforma integral a la Justicia Penal Militar mucho más ambiciosa en su contenido, que tratara temas estructurales y brindara garantías suficientes para una adecuada administración de justicia. Presentadas las conclusiones de éste análisis, el H. Congreso de la República, por solicitud del Gobierno retiró el mencionado artículo de la reforma a la justicia.

En el escenario descrito, y dada la trascendencia del tema, el Gobierno Nacional decidió conformar una comisión independiente y altamente calificada para presentar una propuesta de reforma integral a la Justicia Penal Militar. Así, extendió invitación a tres ex presidentes de la Corte Constitucional (Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett), un ex viceministro de justicia (Rafael Nieto Loaiza)¹ y dos generales retirados (General @ Juan Salcedo Lora y General @ Edgar Peña).² Así, el Gobierno se aseguró de contar con profesionales de las más altas calidades, y que el proyecto en su contenido contara con los más amplios y diversos conocimientos en materias de Derecho Humanos, DIH, derecho constitucional y derecho penal con el fin de que cada artículo estuviese ajustado a los estándares internacionales, a la Constitución Política y a los desarrollos jurisprudenciales.

¹ Rafael Nieto Loaiza es además experto en temas de derechos humanos y derecho internacional humanitario con amplia experiencia internacional en organismos internacionales tales como el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

² El Doctor Jaime Córdoba Triviño se ha desempeñado además como Defensor del Pueblo y a la fecha el Doctor Eduardo Montealegre Lynett es el Fiscal General de la Nación.

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co - @mindefensa



Como ya se señaló, el proceso de creación del proyecto de Acto Legislativo refleja la intención que desde un principio ha tenido el Gobierno de discutir el tema de manera amplia y transparente con la participación de todos los diferentes sectores de la población. Por primera vez en cinco décadas se ha generado el espacio para una deliberación democrática en torno a las reglas atinentes a la conducción de hostilidades, así como de su investigación y juzgamiento, en beneficio de la protección de los derechos de todos los colombianos.

Lo anterior se evidenció a partir de varias sesiones de la Comisión, en las que escuchó a diferentes representantes de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, rama judicial, partidos políticos, cuerpos diplomáticos, Organización de las Naciones Unidas y miembros de la Fuerza Pública, entre otros.

La participación y consenso se quiso garantizar, en la misma medida, durante el trámite legislativo. La modificación constitucional, además de ser la norma adecuada para abordar los temas a incluir en la reforma, obliga a dar un trámite reforzado que exige mayorías especiales en el Congreso para su aprobación. Con ello, se garantizan una mayor participación democrática con plena garantía para las minorías políticas y un mayor consenso entre los miembros de la rama legislativa en su calidad de voceros del pueblo.

Este tipo de normas, por implicar una reforma constitucional requieren ser aprobadas en ocho (8) debates, que deben surtirse en dos diferentes legislaturas, a diferencia de los demás tipos de leyes que se discuten en cuatro (4) debates.

Así pues, la reforma integral a la Justicia Penal Militar propuesta por el Gobierno Nacional es por definición respetuosa del Estado de Derecho³ por ser no sólo un tema materialmente útil al desarrollo y mantenimiento del mismo, sino por la forma democrática en que el proyecto de acto legislativo se ha venido tramitando. Acorde con lo anterior se destacan dos diferentes tipos de aportes al Estado de Derecho:

a. En cuanto a su proceso de formación.

Si bien las normas que instrumentalizan el contenido de la reforma integral a la justicia penal militar continúan en trámite de aprobación, es importante reiterar que por tratarse de una reforma integral, el paquete normativo respectivo comprenderá además del Acto Legislativo, una Ley Estatutaria y otros desarrollos legales, así como un Decreto que expedirá el Presidente de la República en virtud de las precisas facultades que el Honorable Congreso de la República le otorgará para este fin.

Tanto el Acto Legislativo como la Ley Estatutaria hacen su trámite por el Congreso de la República, institución que, se reitera, es la máxima representación de la voluntad del pueblo en los Estados Democráticos, puesto que es el órgano que cumple la función propia de la rama legislativa del poder

³ Corte Constitucional Sentencia C- 179 de 1994, define Estado de Derecho así: *...es una técnica de organización política que persigue, como objetivo inmediato, la sujeción de los órganos de poder a la norma jurídica. A la consecución de ese propósito están orientadas sus instituciones que, bajo esta perspectiva resultan ser meros instrumentos cuya aptitud y eficacia debe ser evaluada según cumplan o no a cabalidad la finalidad que constituye su razón de ser...*



público a nivel nacional. En este particular caso, en lo que se refiere al Acto Legislativo, es la voz del pueblo la que crea la norma de normas bajo la cual se regirá el destino de la Nación.

El trámite del Acto Legislativo al interior del Congreso de la República ha gozado de total transparencia y se ha ajustado a las normas de carácter constitucional y legal que rigen dicha materia. En este sentido, y con el fin de preservar el espíritu de participación que desde un principio ha caracterizado este debate, se han llevado a cabo varias audiencias públicas en diferentes ciudades del país, con la participación abierta de representantes de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, la academia y la Fuerza Pública, entre otros.

De esta intervención ciudadana se han generado valiosas opiniones que han dado lugar a debates y proposiciones parlamentarias a lo largo del trámite de aprobación que está en curso, principalmente asociadas a los siguientes asuntos que han sido objeto de amplio debate al interior del Congreso:

- Seguridad jurídica para miembros de la Fuerza Pública.
- Listado de delitos excluidos de la jurisdicción penal militar.
- Definición de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar.
- Necesidad de fortalecer la justicia penal militar.
- Lugares especiales de reclusión para miembros de la fuerza pública.
- Competencias del tribunal de garantías.
- Comisión Mixta.
- Defensoría técnica.
- Competencia sobre casos aislados denominados mediáticamente “falsos positivos”.

Sobre este último punto, no está de más destacar la intervención del Sr. Ministro de Defensa Nacional con ocasión del sexto debate a la iniciativa en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, en la que informó sobre la coordinación institucional entre ese Ministerio y la Fiscalía General de la Nación, orientada a avanzar en la identificación de los procesos que, con ocasión de la promulgación de esta reforma, eventualmente estarían sujetas a cambio de jurisdicción. Los casos aislados objeto de preocupación en los que las víctimas fueron puestas en estado de absoluta indefensión (ej. caso Soacha)- afirmó- no podrán ser objeto de controversia con el Ente Investigador y deberán permanecer, como corresponde, en la Justicia Ordinaria.

Es también garantía en el marco del Estado de derecho la participación que tendrá la H. Corte Constitucional, en el ámbito de su competencia, toda vez que verifica durante el año siguiente a su promulgación el cumplimiento de las garantías constitucionales y legales durante el trámite parlamentario del Acto Legislativo.

Es de anotar que tanto el Gobierno Nacional como el Congreso de la República han querido que las materias que cobran especial trascendencia en esta reforma, sean reguladas por una ley estatutaria, por ser este un instrumento legal que exige un trámite especial reforzado por mayorías calificadas y un control automático, exhaustivo y previo, tanto de fondo como de forma por parte de la Corte Constitucional, que tiene como propósito garantizar que la reforma goce de plena concordancia con

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co - @mindefensa



todo el cuerpo normativo de la Constitución Política. La doctrina Nacional ha enumerado como elementos sustanciales de este control los siguientes:

- Es Integral: La Corte Constitucional revisa tanto sus elementos formales como sus elementos materiales para efectos de determinar su constitucionalidad.
 - Es Jurisdiccional: La Corte Constitucional sólo juzgará el proyecto de acuerdo a su concordancia con el texto constitucional. Tal fallo, además, tiene fuerza de cosa juzgada constitucional.
 - Es previo: El proyecto de ley estatutaria es anterior a la sanción presidencial.
 - Es definitivo: La ley no podrá ser demandada en el futuro por ningún ciudadano, *a menos que se trate de una inconstitucionalidad sobreviniente.*
- Es participativo⁴: Cualquier ciudadano podrá impugnar o defender la exequibilidad de un proyecto de ley estatutaria.

En este sentido, es evidente que las tres ramas del poder público participan de la reforma a la Justicia Penal Militar, en natural atención y en beneficio de las reglas de un Estado de Derecho.

Por su parte, las precisas facultades que en virtud del presente Acto Legislativo se darán al señor Presidente de la República para la expedición de un Decreto están relacionadas con temas eminentemente administrativos u operativos de la defensoría técnica.

b. En cuanto a su contenido.

La existencia de un conflicto armado en Colombia demanda del Estado la regulación específica y definición de reglas uniformes de conducta para la Fuerza Pública, así como claridad en torno a la competencia de investigación y juzgamiento de las infracciones del DIH en cabeza de una justicia especializada y con conocimiento pleno de la naturaleza de las acciones, operaciones y procedimientos adelantados en el marco de las hostilidades. Todo esto, en absoluta observancia a los derechos y obligaciones que reconocen los tratados internacionales de protección de la persona humana, de los cuales hace parte el Estado.

Si bien es cierto que por su naturaleza, las normas que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario se incorporan a nuestro bloque constitucional, es también muy cierto que estas, por no aparecer debidamente reflejadas en nuestro compendio normativo, han sido objeto de interpretaciones divergentes por parte de nuestros operadores de derecho, que en algunos casos difieren incluso con la regulación misma de ese marco legal. Ello, por supuesto, ha afectado el diseño, ejecución y supervisión de las operaciones, acciones y procedimientos que la Fuerza Pública desarrolla, así como la investigación y juzgamiento de sus actuaciones. Dicha situación se percibe, igualmente, en las confusiones teóricas que se presentan frente al contenido de nuestro Código Penal Militar y Código Penal.

⁴ Constitución Política. **ARTICULO 153.** La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.



Así las cosas, del contenido del acto legislativo podemos extraer los siguientes aportes en beneficio del Estado de Derecho:

b.1. Seguridad Jurídica en la protección de los derechos de todos los ciudadanos

El DIH tiene como objetivo primordial la protección de los derechos de la población civil, de las personas protegidas y de la humanización en la conducción de hostilidades. Es por esto que “armonizar” los principios y normas del DIH con la legislación nacional, ajustando las mismas con el derecho penal interno y con las normas de derecho internacional de los derechos humanos, redundará en favor de la población civil y las partes inmersas en el conflicto interno.

Lo que la reforma plantea es el amparo legal de las actuaciones de la Fuerza Pública, siempre y cuando se enmarquen en el respeto y la vigilancia de los derechos humanos y del DIH.

La definición clara de los ámbitos de aplicación y juzgamiento del DIH y los DDHH es fundamental para el eficaz aseguramiento de la vigencia de los derechos y libertades de todas las personas, aun en situaciones relacionadas directamente con las hostilidades

El paquete legislativo ya descrito contemplará, entre otros aspectos de gran utilidad, la exclusión del conocimiento de la Justicia Penal Militar de un listado de delitos que no podrían, bajo ninguna circunstancia, ser de competencia de la jurisdicción penal militar así como la tipificación de los crímenes de lesa humanidad y del delito de “ejecuciones extrajudiciales”.

Como se precisó al inicio de esta comunicación y es de público conocimiento, en este punto del trámite legislativo el listado de delitos propuesto por el Gobierno Nacional ha sido objeto de modificaciones en diversos sentidos después de ilustrados, serios y responsables debates, sin que pueda entenderse, como bien lo advirtió el señor Ministro de Defensa y como consta en los debates parlamentarios, que sea con el propósito de que ciertas conductas aisladas pasen a ser de conocimiento de la jurisdicción castrense. El tema, de cara a los dos debates restantes, sigue siendo objeto de deliberación por parte del Congreso de la República.

El Gobierno Nacional rechaza ese errado entendimiento y es enfático en anotar que por primera vez en cinco décadas se ha generado el espacio para una deliberación democrática en torno a las reglas atinentes a la conducción de hostilidades, en beneficio de la protección de los derechos de todos los ciudadanos y lamenta que esta situación no sea advertida o valorada por su organización.



b.2. Seguridad jurídica para la administración de justicia.

Para el cumplimiento y garantía de los derechos de sus asociados, el Estado Colombiano cuenta con organismos especializados encargados de administrar justicia para la Fuerza Pública, bajo ciertas condiciones.

En este sentido, existen garantías procesales que deben cobijar a todos los sujetos que se encuentren inmersos en un proceso y a quienes administran justicia. La reforma brinda las herramientas suficientes para determinar asuntos de vital importancia que conlleven al adecuado ejercicio del debido proceso, como son (1) los concernientes a la competencia para conocer el respectivo caso, incluyendo así la garantía del juez natural, (2) las normas bajo las cuales el juez debe encaminar su accionar para una correcta y justa decisión (lo que redundará en beneficio no sólo de las víctimas, sino también del administrador de justicia y los procesados) y (3) las garantías de independencia e imparcialidad que deben brindarse para asegurar que éstos tengan un acceso irrestricto a la administración de justicia.

b.3. Seguridad jurídica para el cumplimiento de las funciones de la Fuerza Pública.

La Fuerza Pública, como instrumento del Estado de Derecho, tiene a su cargo obligaciones y deberes impuestos por la Constitución Política y la ley. Es así, que los artículos 217 y 218 definen claramente las funciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional⁶ encaminadas a garantizar tanto los fines del Estado como la efectividad de los derechos constitucionales.

En este orden de ideas, la reforma integral a la justicia penal militar abarca también la consagración expresa en el derecho interno de la normatividad del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, que rige la conducción de los conflictos y que Colombia está obligada a acatar. En este sentido, en la exposición de motivos del proyecto presentado por el Gobierno se señaló que:

El DIH es aplicable en Colombia. La Comisión Asesora considera que éste no debe ser revisado ni reformulado, aspecto que por lo demás escapa a una ley nacional. Lo que recomienda es establecer reglas de interpretación para que sea cumplido de manera uniforme por los jueces de las dos jurisdicciones. Por ejemplo, que se precise que el principio de proporcionalidad en el DIH tiene unos rasgos característicos que lo distinguen de nociones cercanas pero esencialmente diversas. También se

⁶ARTICULO 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

ARTICULO 218. La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.



recomienda que se adopten unas reglas de aplicación para dar fundamento legal a las Reglas de Encuentro establecidas actualmente en manuales militares y otros instrumentos de jerarquía reglamentaria. De esta manera las reglas que rigen las operaciones y procedimientos – lo que se denomina derecho operacional – tendrá un claro asidero legal.

El efecto inmediato de esta consagración a nivel interno, es que los miembros de la Fuerza Pública y quienes investiguen y juzguen su actuar, tendrán desde un principio claridad en cuanto a los parámetros dentro de los cuales debe ser cumplida su misión constitucional y legal.

Ahora bien, y con el fin de aclarar la duda acerca de quiénes estarán cobijados por la presente reforma, se recuerda que la misma se elaboró bajo los estándares del derecho internacional y en consonancia con la Constitución Política. Siendo así, y atendiendo a que el artículo 216 de la Constitución Política señala que “La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”, la reforma únicamente abarca a los miembros de la Fuerza Pública de Colombia y de ninguna manera a los subcontratistas de seguridad privada que la carta refiere, entendidos como las empresas de vigilancia y seguridad privada que funcionan legalmente en Colombia.

Respecto a sus inquietudes acerca de cómo la presente reforma garantiza la labor de los defensores de derechos humanos que trabajan con la administración de justicia, incluida la justicia penal militar, así como de las víctimas y sus representantes, es menester informarle que el Gobierno Nacional, actúa con la convicción de que la reforma de ninguna manera reducirá o afectará de manera negativa los derechos y las labores ni de dicho grupo social, ni de ningún colombiano. Se recuerda, además, que los derechos de las víctimas y defensores de derechos humanos son garantizados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha sido clara en esta materia y no se modifica so pretexto de la reforma.

Lo anterior principalmente por dos razones, a saber:

- a. **Con la reforma se está dando claridad al marco jurídico bajo el cual los operadores del derecho deben actuar frente a las instancias judiciales respectivas.**

Así, se recuerda que una de las principales causas que llevaron a la radicación de la reforma constitucional fue justamente la indeterminación o falta de claridad en el marco jurídico aplicable en el juzgamiento de las causas en las que se ven implicados los miembros de la Fuerza Pública. En este sentido, la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo señala que:

La Comisión Asesora ha detectado una ausencia de aplicación del derecho internacional humanitario en providencias en que se determina la responsabilidad penal de miembros de la Fuerza Pública. Esto ocurre tanto en la jurisdicción ordinaria como en la justicia penal militar. El derecho



internacional establece reglas especializadas para la conducta de la Fuerza Pública, que son el resultado de una cuidadosa ponderación entre el principio humanitario y la necesidad militar. Estas reglas son conocidas en su conjunto como derecho internacional humanitario (DIH).

El DIH establece precisos parámetros para la acción de la Fuerza Pública. Por ejemplo, indica quienes participan en las hostilidades, protege a ciertas personas, señala cómo distinguir entre personas civiles y personas que participan directamente en las hostilidades, establece cómo distinguir entre objetos civiles y objetos militares, y qué reglas deben observarse al momento de lanzar un ataque.

A diferencia de las normas que rigen en tiempos de paz para las autoridades de policía, el DIH no niega la posibilidad de actuar de manera ofensiva, ni defensiva. Éste permite a la Fuerza Pública lanzar un ataque ofensivo contra sus adversarios sin la necesidad de esperar una amenaza similar por parte de ellos. Desde que exista un conflicto armado, la Fuerza Pública no tiene prohibido iniciar combates por su propia iniciativa ni bombardear posiciones enemigas desde el aire, siempre que cumpla con todas las restricciones sobre medios y métodos de guerra ordenadas por el DIH. De otro lado, el DIH establece principios encaminados a reducir el riesgo de afectación de la población civil, como el principio de precaución, y reglas orientadas en el mismo sentido, como la prohibición de los ataques indiscriminados. También protege a las personas que quedan fuera de combate.

Pero existen providencias, tanto en la justicia penal ordinaria como en la justicia penal militar, que no aplican el DIH a la conducta de los miembros de la Fuerza Pública. Por el contrario, evalúan la posible responsabilidad de sus miembros con base en lecturas aisladas de conceptos del derecho penal, como las causales de ausencia de responsabilidad de "legítima defensa" y "estricto cumplimiento de un deber legal". El problema con estas causales es que están diseñadas principalmente para evaluar la antijuridicidad de una conducta típica en tiempos de paz y en el contexto de la vida civil. No tiene sentido exigir a los integrantes de Fuerza Pública que durante un combate deban justificarse probando que se estaban protegiendo contra una "agresión injusta" que era "actual o inminente" y que el uso letal de la fuerza era la única alternativa para evitar esa agresión por ser "necesario". La lectura aislada del derecho penal diseñado para contextos de normalidad en la vida civil puede terminar dejando a sus miembros en la disyuntiva entre no atacar a los grupos armados ilegales o someterse a un proceso penal.

La pretendida definición de órbitas de competencia entre ambas jurisdicciones, que reconoce y mantiene los criterios hoy existentes y fortalece las garantías procesales, no puede entenderse o asumirse como un obstáculo a la tarea de los defensores ni como una circunstancia que promueve la impunidad de las causas en las que actúa la Justicia Penal Militar.

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co - @mindefensa



- b. Se señala a nivel constitucional la necesidad de que el legislador fije las garantías de independencia e imparcialidad.

En este sentido, se reitera lo expresado en la ponencia:

La Comisión no desconoce que la justicia penal militar, tanto la de Colombia como la de otros países del hemisferio, ha sido cuestionada internacionalmente. El principal cuestionamiento surge de una percibida falta de independencia e imparcialidad. Las percepciones son importantes, pues como lo ha establecido la jurisprudencia internacional, el debido proceso requiere que además de que la justicia sea independiente e imparcial, ésta también parezca independiente e imparcial desde la perspectiva de un observador razonable.

Por ese motivo se sugieren dos preceptos normativos a nivel constitucional. En primer lugar, un mandato específico donde se establezca que la justicia penal militar debe tener un sistema de carrera y una estructura independientes del mando institucional. En segundo lugar, un mandato genérico donde se ordena al legislador establecer garantías de independencia e imparcialidad. Dichas garantías serán del resorte del legislador, las cuales podrán seguir algunas de las garantías que en otros países se han establecido para los jueces militares, como la estabilidad en el cargo y el salario.

Algunas de estas garantías ya existen en la justicia penal militar de Colombia. La propuesta de la Comisión no se limita entonces a crear garantías, sino que busca que se avance en asegurar su plena autonomía e imparcialidad.

Se resalta que de manera expresa, desde el Acto Legislativo, se impone la necesidad de legislar en torno a las garantías de independencia e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Esta trascendental propuesta legislativa que habrá de tramitarse, deberá ser consecuente con los requerimientos de una Justicia Penal Militar moderna, preparada y autónoma, y cuenta con todo nuestro respaldo institucional. Sin embargo, sabemos que su aprobación será insuficiente si no se asumen otros compromisos.

Por todo ello, el impulso de estas iniciativas legislativas debe acompañarse de formación jurídica permanente, conocimiento de la realidad operacional, tecnificación, capacidad operativa y, sobre todo, de fallos apegados al derecho que reviertan en credibilidad y acallen, de una vez por todas, el discurso de los desafectos.

De ahí, la decisión del Ministerio, en acuerdo con los altos mandos militares y policiales, de trasladar a la Justicia Penal Militar un presupuesto acorde con el tamaño de semejante

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co - @mindefensa



desafío, que será ejecutado en los próximos años y que deberá apoyar decididamente la consecución de esos fines. En la práctica se han asignado los recursos de inversión más importantes en varias décadas.

Entretanto, se destacan acciones como las del último año enfocadas a la capacitación, modernización tecnológica, seguimiento y control a la gestión judicial, administración de archivos y conservación de la memoria histórica son meritorias y apuntan en la dirección correcta.

El Plan de Impulso, como mecanismo de colaboración armónica entre la Justicia Penal Militar y la Fiscalía General de la Nación, cobra especial relevancia en esta coyuntura. La aprobación de las reformas en curso demanda poner a punto esta jurisdicción especial, para que responda a los retos que conllevan la delimitación de competencias entre esta y la jurisdicción ordinaria, y la armonización normativa que tales disposiciones comprenden.

No debe perderse de vista que esta iniciativa del Gobierno Nacional que avanza en el Congreso de la República, ampara a 440 mil militares y policías quienes esperan una justicia acorde con los retos que su misión les impone, sin lugar a impunidad o retrocesos en el marco insoslayable de los Derechos Humanos.

Por cuenta de esto se reitera que el Gobierno con esta reforma no obstaculiza ni impide el ejercicio de los derechos de las víctimas de nuestro conflicto armado, ni de ningún otro tipo de víctimas. Por el contrario, el Gobierno es consciente de que hoy se vive un nuevo contexto institucional y político que asegura que la presente reforma, de ninguna manera se traducirá en impunidad y desprotección para los ciudadanos, y hay plena seguridad en que la misma redundará en beneficio de todos y cada uno de los colombianos. No podemos permitir que errores de nuestra propia historia nos lleven a conclusiones automáticas y a juicios de valor a priori que parten de la errada percepción de que nuestras instituciones son ineficaces. En este sentido, se invita a los relatores a valorar el estado actual del contexto colombiano y, de esta manera, a reconocer que tenemos un País y unas instituciones serias y a la altura de la presente reforma.

De ninguna manera puede pensarse que enviar un caso por competencia a la Justicia Penal Militar es igual a hablar de impunidad, como tampoco procede tal afirmación frente a la justicia ordinaria. La reforma en este aspecto, se reitera, pretende establecer una clara delimitación de competencias con las mayores garantías procesales y de ninguna manera abrirle puertas a la impunidad.

Ahora bien, ya se introdujeron algunas precisiones frente a la decisión de tramitar una reforma constitucional integral que fortalezca la Justicia Penal Militar. No obstante, dadas las inquietudes que la comunicación señala, procedo a exponer algunas consideraciones adicionales.

- a. El acto legislativo responde al interés primordial del Gobierno de mayor participación y mayores consensos.

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

atencionalciudadano@mindefensa.gov.co - @mindefensa



El acto legislativo, como ya se indicó, a diferencia de cualquier otro tipo de ley, requiere que el proyecto sea debatido en 8 sesiones y aprobado con mayorías cualificadas, lo que se traduce en mayor participación democrática y mayor consenso al interior del H. Congreso de la República.

b. La reforma a nivel constitucional, asegura la aplicación del DIH en el conflicto armado.

Pese a que gran parte del DIH está incorporado a nuestro bloque de constitucionalidad y que la Corte Constitucional ha insistido desde hace 20 años en la aplicación del DIH para el conflicto armado, este en ocasiones no es interpretado debidamente por los jueces y fiscales de Colombia, al guiarse por normas del derecho penal interno que desconocen, por su razón de ser, la naturaleza de los conflictos armados.

Como se ha venido diciendo, esta singular apreciación de las normas repercute de manera directa en el marco jurídico aplicable las acciones de la Fuerza Pública. No cabe duda que al exigir causales de ausencia de responsabilidad propias del derecho penal al momento de juzgar una actuación en el marco de las hostilidades, o solicitar la demostración de legítima defensa o el cumplimiento de un deber legal, para casos en los que realmente deben aplicarse las normas propias del DIH, se afecta el cumplimiento de la misión constitucional y legal de la Fuerza Pública y, por esa vía, la protección efectiva de los derechos de los colombianos.

Esas diversas interpretaciones de los operadores del Derecho y de las demás ramas del poder público, entrevén la necesidad de que la Norma Superior sea la fuente de claridad que ha de regir estas materias. Estamos, nada más y nada menos, que frente a la seguridad jurídica que necesitan los ciudadanos y nuestra Fuerza Pública, en ejercicio de su misión institucional y el sinnúmero de desafíos que su elevada labor conlleva.

En la misma línea, el cambio a nivel constitucional exige que la legislación y todas las demás normas infraconstitucionales se adapten a lo prescrito por el Acto Legislativo.

c. Claridad en la definición de competencias entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar.

La definición de competencias claras, desde el nivel constitucional, traerá la superación del enfoque conflictivo entre las jurisdicciones penal militar y penal ordinaria, para generar un ámbito de garantías en la investigación y juzgamiento de quienes infrinjan la ley penal.

d. Sólo la Constitución puede fijar materias propias de la Ley Estatutaria.

Teniendo en cuenta que las materias reservadas a una ley estatutaria son determinadas en la Constitución Política, y que por las razones mencionadas se ha querido que las normas sobre conducción de hostilidades sean precisadas y armonizadas por una ley estatutaria, se requiere de una modificación de la Constitución para alcanzar este fin. Vale la pena recordar lo expuesto en la exposición de motivos, al respecto:



El desarrollo de la mayoría de las reformas recomendadas debe hacerse, a juicio de la Comisión, mediante una misma ley estatutaria. Las leyes estatutarias cuentan con dos virtudes. En primer lugar, al exigir mayorías absolutas para su aprobación, se asegura que el contenido de las mismas cuente con un amplio respaldo democrático, lo que quiere decir que la regulación legal de los temas centrales de la justicia penal militar tendrá un mayor grado de legitimidad política, lo cual redundará en su estabilidad. En segundo lugar, sobre ellas recae un control constitucional previo y oficioso, luego del cual la constitucionalidad de la ley que la Corte Constitucional declare exequible, es cosa juzgada constitucional. Esto quiere decir que las leyes estatutarias tienen mucha más estabilidad que las leyes ordinarias, ya que su contenido no puede ser demandado posteriormente ante la Corte. En suma, se trata de una garantía de seguridad jurídica y reglas claras para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como para toda la población y los sectores de la sociedad civil que tiene interés directo en estos temas.

Entretanto, al someter estas materias al procedimiento propio de una ley estatutaria, se asegura que en el trámite de esa norma especial haya mayorías calificadas y un control previo de la Corte Constitucional!

e. La creación del Tribunal de Garantías Penales debe ser constitucional.

Otro tema que ha hecho imprescindible que la reforma se haga desde la Constitución Política, es el de la creación del Tribunal de Garantías Penales. La Constitución Política de Colombia en su artículo 116 define dentro de la estructura del Estado, cuáles son los organismos que administran justicia. Siendo así, la inclusión del Tribunal de Garantías Penales, que hace parte de la Rama Judicial, requiere para su creación la modificación de la Carta Magna en su artículo 116.

La creación de dicha instancia ha surgido como respuesta a varias necesidades:

- 1) **Necesidad de conocimientos especializados para el control de las garantías:** en la medida en que los asuntos en los que intervienen los miembros de la Fuerza Pública suelen tener implícitos temas altamente técnicos, como lo son el derecho operacional y el DIH, entre otros, se ha querido crear un órgano colegiado que cuente con miembros altamente calificados y que conozcan la realidad de los conflictos y sus normas aplicables, para de esta manera garantizar los derechos de las víctimas y los procesados.
- 2) **Necesidad de unificar interpretación:** dadas las diferentes interpretaciones encontradas para casos similares, se consideró la necesidad de unificar criterios de interpretación y aplicación del derecho para ciertos casos de especial relevancia, en los que sean parte los miembros de la Fuerza Pública.

Lo anterior fue claramente explicado en la exposición de motivos, que señala:

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co - @mindefensa

Este tribunal ejercerá el control de garantías en los procesos penales, con cuatro diferencias respecto de los jueces de garantías. En primer lugar, será un tribunal colegiado de alto perfil, conformado por magistrados que cumplan los mismos requisitos exigidos para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En segundo lugar, ejercerá el poder preferente de control de garantías, teniendo así la facultad de desplazar al juez de control de garantías en cualquier proceso penal, militar u ordinario. Su competencia se extiende a ambas jurisdicciones. En tercer lugar, el tribunal podrá estar conformado por miembros de la Fuerza Pública en retiro, pero no en servicio activo. Finalmente, el tribunal, además de ejercer el control de garantías de los derechos del investigado, tendrá la facultad de ejercer el control de los presupuestos materiales de la acusación. De esta manera se podrá asegurar que cualquier caso contra un miembro de la Fuerza Pública esté adecuada y suficientemente sustentado para ir a un juicio oral.

Se propone que el tribunal tenga competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción. Esto es necesario para poder unificar la interpretación y así promover la seguridad jurídica.

La función preferente de control de garantías se otorga para que el Tribunal actúe como juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública, con la capacidad de controlar, inclusive materialmente, la acusación

En la medida en que en el sistema penal oral acusatorio los jueces de control de garantías están para garantizar los derechos de las víctimas y de los procesados, las decisiones de este Tribunal operan en favor de civiles y militares. Es decir, las garantías y derechos del proceso penal están instituidos para todas las partes y no tan sólo para los investigados y acusados.

Como se señaló, el nivel de especialización de los asuntos en los que se ven involucrados los miembros de la Fuerza Pública, requiere de jueces altamente calificados que propendan por los derechos de las partes del proceso, siendo esta una necesidad por la alta sensibilidad de la labor de los miembros de la Fuerza Pública y los inminentes riesgos jurídicos que la misma conlleva, no sólo para ellos sino para la sociedad en su conjunto.

Cabe señalar, frente a la función permanente de dirimir conflictos de competencia, asignada al Tribunal de Garantías Penales en el trámite previo ante el Senado de la República, que esta surgió como respuesta a la posible eliminación del Consejo Superior de la Judicatura, órgano encargado de cumplir esta función, con miras a evitar de esta manera que dos órganos constitucionales cumplieran una misma asignación.

No obstante lo anterior, dada la certeza reciente sobre la existencia del Consejo Superior de la Judicatura, en los más recientes debates parlamentarios en Cámara se determinó mantener la función de dirimir los conflictos de competencia suscitados entre las dos jurisdicciones en el Consejo Superior de la Judicatura, como actualmente acontece.

Finalmente, y dando alcance a su última pregunta, se informa que en esencia el proyecto de reforma integral a la justicia penal militar propone incorporar, de manera clara y expresa, las normas de derecho internacional que deben regir en el ámbito del conflicto armado. En este sentido, la reforma, en todos sus aspectos, se encuentra íntimamente ligada al derecho internacional, pues como se anotó, de lo que se trata es de garantizar el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro País.

Con la presente iniciativa se pretende que la aplicación del derecho y de las normas que deben prevalecer en los juicios por las conductas propias del conflicto armado, sean las normas del DIH. En este sentido, se quiere "armonizar" en nuestro País el artículo 3 común del Convenio de Ginebra y las normas del Protocolo II para conflictos internos. Es de vital importancia, para Colombia, que las garantías constitucionales y convencionales de las partes en los procesos en que se ven envueltos los miembros de la Fuerza Pública, sean observadas y respetadas. En otras palabras, si hay condenas o absoluciones que estas sean en derecho, conforme a los tratados internacionales.

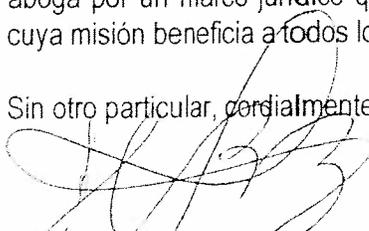
Como se ha repetido en múltiples ocasiones, no es sólo el fuero militar lo que se modifica en virtud de la presente reforma, pues esta se enfoca en brindar las garantías jurídicas para que las normas del DIH sean las que se aplican al conflicto armado: es decir, garantizar que el DIH se aplique de manera indicada.

Es fundamental resaltar que la aplicación del DIH al conflicto es **a)** lo natural y lo que corresponde en derecho en tales situaciones, en tanto el DIH es *ley especial* y **b)** esta aplicación en nada debilita el respeto y garantía de los derechos humanos en nuestro país. La aplicación especial del DIH no va en contravía ni debilita la protección de los derechos humanos en ningún país.

Lo expuesto, sumado a que la reforma obliga a que se legisle en materia de independencia e imparcialidad de la Justicia Penal Militar, constituye un mensaje claro del equilibrio que esta reforma integral persigue.

Todo lo anterior conforma una propuesta integral de reformas a la Justicia Penal Militar, que se enriquece con las discusiones en torno a la misma, y que lejos de promover la impunidad, aboga por un marco jurídico que brinde reglas claras para el accionar de la Fuerza Pública cuya misión beneficia a todos los colombianos.

Sin otro particular, cordialmente,



JUAN CARLOS PINZÓN BUENO
Ministro de Defensa Nacional