



No. 2 22 50, MDN – DMSG – 1.10

Bogotá D.C., 03 DIC 2012

Doctor

JOSÉ MIGUEL VIVANCO

Director Ejecutivo

HUMAN RIGHTS WATCH- AMERICAS DIVISION

1630 Connecticut Avenue .N.W.

Washington D.C

Respetado Señor Vivanco:

En relación con las observaciones de Human Rights Watch al proyecto de acto legislativo No. 16 de 2012 Senado, 192 de 2012 Cámara *"Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia"* este Ministerio, de manera atenta, observa:

En Colombia, el trabajo y sacrificio de la Fuerza Pública es lo que explica la transformación del País. Las vidas y la integridad física de soldados y policías se han convertido en el factor de defensa de los derechos humanos. La Fuerza Pública ha venido elevando su profesionalismo y estándares para elevar su compromiso con la defensa de la Constitución y los derechos de los ciudadanos.

Conductas inaceptables de miembros de estas instituciones han implicado cambios normativos, operacionales y también sanciones ejemplares. Son las Fuerzas Militares y la Policía Nacional las principales instituciones defensoras de los derechos humanos y de la recuperación paso a paso del Estado de Derecho en Colombia.

Por eso mismo, la existencia del conflicto armado demanda del Estado la regulación específica y definición de unas normas uniformes de conducta para nuestros militares y policías, sin lugar para la impunidad, y en absoluta observancia a los derechos y obligaciones que reconocen los tratados internacionales de protección de la persona humana. Para el Gobierno Nacional, el Ministerio de Defensa y una Fuerza Pública exitosa en la reducción de delitos que atentan contra los derechos de los colombianos, toda intención se mueve al compás de esos mandatos.

Con esa premisa, por primera vez en cinco décadas se generó un espacio para la deliberación democrática en torno a las reglas atinentes a la conducción de hostilidades, que devino en un paquete de medidas legislativas encaminado a fortalecer la jurisdicción castrense; superar una sucesión de interpretaciones divergentes por parte de nuestros operadores de derecho en detrimento del diseño, ejecución y supervisión de las operaciones, acciones y procedimientos de la Fuerza Pública, y establecer reglas claras para investigación y juzgamiento de sus actuaciones.

Para lograr esos objetivos, el Gobierno Nacional decidió conformar una comisión altamente calificada para presentar una propuesta de reforma integral a la Justicia Penal Militar. Dicha

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co - @mindefensa



comisión fue integrada por 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 altos oficiales en retiro (General (r) Juan Salcedo Lora y General (r) Edgar Peña).² De esa manera, el Gobierno se aseguró de contar con expertos reconocidos en materia de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, derecho constitucional y derecho penal con el fin de que cada artículo estuviese ajustado a los estándares internacionales, la Constitución Política y los desarrollos jurisprudenciales.

En esa instancia, en la cual fueron partícipes activos representantes de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, rama judicial, partidos políticos, cuerpos diplomáticos, Organización de las Naciones Unidas y Fuerza Pública, entre otros, se construyó el proyecto de acto legislativo que hoy avanza, con el masivo apoyo del Congreso de la República, hacia su discusión en último debate.

Este proceso ampliamente participativo desde su concepción, respetuoso de los poderes públicos y las reglas de participación de las minorías ha gozado de total transparencia y se ha ajustado a las normas que rigen su procedimiento. En un Estado de Derecho como el nuestro no hay cabida a arbitrariedades o laxitudes en el trámite de una reforma de esta entidad.³, máxime si dicha norma y aquellas que se expidan para desarrollar sus mandatos, estarán sujetas al escrutinio del juez constitucional.

Exhortamos respetuosamente a su prestigiosa Organización, seguidora de cerca de los progresos y esfuerzos del País, a reconocer el temple democrático, participativo y transparente de esta propuesta.

Como usted recordará el Gobierno Nacional decidió el retiro del artículo en la reforma a la justicia aprobado por amplias mayorías en primera vuelta, que establecía una presunción contundente a favor de la Justicia Penal Militar en la definición de sus competencias.

Dicho esto, frente a los puntos referidos en su escrito es menester indicar:

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.

³ **Constitución Política de Colombia, Título XIII artículo 375.** *Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.*

El trámite del proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo periodo la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara.



1. La inseguridad Jurídica de los miembros de la Fuerza Pública no es un mito.

El Derecho Internacional Humanitario tiene como objetivo primordial la protección de los derechos de la población civil, de las personas protegidas y la humanización en la conducción de hostilidades. Es por esto que “armonizar” sus normas y principios con la legislación nacional, ajustando las mismas con el derecho penal interno y las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resulta imperioso para el Estado colombiano.

A pesar de que gran parte del Derecho Internacional Humanitario está incorporado a nuestro bloque de constitucionalidad y que la Corte Constitucional ha insistido desde hace 20 años en su aplicación para el conflicto armado, este en la mayoría de casos no es aplicado por los jueces penales de ambas jurisdicciones; en otras ocasiones, es interpretado por los jueces y fiscales de Colombia como un ordenamiento aislado, al guiarse por normas del derecho penal interno que, por su finalidad básica, no fueron diseñadas teniendo en cuenta la naturaleza de las hostilidades. Dicha situación se percibe, igualmente, en las confusiones teóricas que se presentan frente al contenido de nuestro Código Penal Militar y Código Penal.⁴

Por supuesto, esa apreciación disconforme de las normas repercute de manera directa en la capacidad de acción de nuestra Fuerza Pública, máxime si atendemos las dificultades de un conflicto en el que convergen manifestaciones criminales y violentas de distintos orígenes.

Así pues, no cabe duda de que al exigir causales de ausencia de responsabilidad propias del derecho penal al momento de juzgar una actuación en el marco de las hostilidades, como la

⁴ En este punto, cabe destacar la exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo, que sobre el tema indica. 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.



demonstración de legítima defensa o el cumplimiento de un deber legal para casos en los que realmente deben aplicarse las normas propias del Derecho Internacional Humanitario, 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 expuestos a las acciones violentas de grupos armados al margen de la ley.

Como bien refiere su comunicación, “*Ningún soldado debe ir a la cárcel por combatir la guerrilla en el marco del Derecho Internacional Humanitario*”. A instancias de esta carta, haremos referencia a algunos casos puntuales que reniegan de esa afirmación y evidencian la alarmante situación de militares condenados por bajas ocurridas en combate:

- **¿El Ejército no puede usar su superioridad numérica en un combate?** Decisión del Juzgado Penal de Santuario-Antioquia. Condena 33 años miembros Ejército Nacional por combates contra la cuadrilla “Carlos Alirio Buitrago”, el 3 de junio de 2004.
 - La providencia que condena a los militares sentenció: “los subversivos o narcoterroristas utilizaron un fusil AK—47 y dos armas cortas o tres. Por lo que se viene de mencionar ya estaban en inferioridad de condiciones por el número de combatientes...no se diga que era difícil conocer de su existencia y de sus movimientos por el enfrentamiento armado considerando que eran 48 ojos pendientes de 3 o 4 guerrilleros...”
- **¿El principio de proporcionalidad impide ataques ofensivos de la Fuerza Pública?** Decisión del Tribunal Superior de Antioquia, caso Carlos Adrián Mazo Marín y otros, sentencia 14 de septiembre de 2011. Muerte en combate de presuntos milicianos del ELN. Condena contra miembros del Ejército Nacional.
 - En dicha providencia se afirmó: (...) “no se dio agresión actual, ni tampoco injusta y menos inminente, para que acorde al concepto de proporcionalidad, pudiese la tropa haber reaccionado en tan dimensión; pues no surgiendo como no acaeció situación de riesgo en lo que respecta a los bienes jurídicamente tutelados de los militares, menos podría admitirse una acción defensiva de los soldados”
- **¿Los combates solo se dan entre personas vestidas con su talla adecuada, con armas largas y separados por una distancia lógica?** Caso Tribunal Superior del Distrito de Valledupar. Sentencia 7 de septiembre de 2011. Muerte presunto guerrillero ELN. Un oficial y tres suboficiales condenados a 40 años de prisión.
 - Factores determinantes: (1) el guerrillero llevaba un pantalón que no era de su talla (2) ningún combatiente podría enfrentarse a una escuadra militar conformada por 16 personas, con los pantalones utilizados en la forma en que aparece registrada y portando solo un revólver (3) no estuvo plenamente demostrado que la guerrilla hubiera disparado al Ejército, entre otras consideraciones.



- El tribunal confirmó la sentencia, sosteniendo que (1) como en el DIH se presume que una persona es civil, es carga de la defensa demostrarlo plenamente, y como no hay certeza si el occiso era o no guerrillero, se presume que era civil (2) la talla del pantalón demuestra que no hubo combate porque *"la lógica y la experiencia señalan que un sujeto que participa en un combate contra el Ejército Nacional ha sido sometido a un entrenamiento previo para estos menesteres y dotado de los elementos para tal fin y lo primero de(sic) lo que se le suministra es precisamente un uniforme, pero indubitavelmente que acorde con su talla que le permita su libre movilidad y actuar sin ninguna restricción..."*(3) *"en trayectorias reales y de manera objetiva, los disparos son realizados a una distancia inmediata, que denota una aproximación muy cercana entre las tropas del Ejército y sus presuntos contrincantes;* (4) La presencia de una vainilla calibre 5.56 mm junto a la mano derecha de la víctima *"nos indica que jamás y nunca hubo combate, pues la experiencia y la lógica enseñan que en una confrontación armada, los enfrentados se ubican en posiciones o extremos diferentes. Ello hace imposible que los casquillos de la munición caigan cerca del lugar donde se ubican los contrincantes, ya que por regla general son expulsados en línea horizontal a la parte lateral del fusil de donde es disparado"*.

La Justicia Penal Militar tampoco ha estado exenta de imprecisiones, en lo que aviene a correcta aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

- **¿Las muertes en combate solo son conformes al derecho si el militar actuó en legítima defensa?** Caso Tribunal Superior Militar, Sentencia del 29 de agosto de 2008. Caso de baja de un integrante de las Farc en enfrentamientos con miembros del Ejército.
 - El Tribunal revocó un auto que había decretado la cesación de procedimiento, ordenando continuar con la acción penal contra dos oficiales y un suboficial del Ejército por el delito de homicidio.
 - El Tribunal dijo que "no existe plena prueba que determine la existencia de la causal de legítima defensa que se pretende invocar". También afirmó que *"no existe esfuerzo instructivo orientado a lograr una investigación integral o siguiera aproximarse a la voluntad del legislativo dispuesta en el artículo 460 del C.P.M. que permita con base en un adecuado respaldo probatorio inferir sin asomo de duda o precisión, la existencia de una causal específica de ausencia de responsabilidad predicable en la conducta endilgada a los procesados"*.

Estos ejemplos, entre muchos otros, demuestran cómo el desconocimiento de la realidad operacional y las reglas del Derecho Internacional Humanitario juegan en contra de la verdad y la justicia como bienes superiores del Estado.

La inseguridad jurídica que reclaman los miembros de la Fuerza Pública para el cumplimiento de su misión, lejos de ser un mito, es una realidad.

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co - @mindefensa



Entretanto, el acto administrativo de carácter general de 2006 suscrito entre el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General de la Nación, bienintencionado si se quiere, es hoy un eslabón más en esa cadena de indefiniciones. Más allá de sus efectos, el proyecto de acto legislativo presentado por el Gobierno y las leyes que lo han de desarrollar son las herramientas concebidas para atacar esa compleja realidad, en estricta observancia a los Derechos Humanos y los postulados del Derecho Internacional Humanitario.

A propósito del citado "convenio", y para aclarar su afirmación según la cual la Policía Nacional goza de *facultades de inspección* en sitios donde se hayan producido muertes presuntamente en combate, se recuerda que estas emanan de una obligación de colaboración con la Fiscalía General de la Nación⁵, impuesta desde la misma Constitución colombiana.

La creación del Sistema de Asistencia de Investigación Criminal a las Fuerzas Militares es una respuesta concreta a ese mandato, concebida en un renovado entorno de madurez institucional y confianza en la idoneidad de la Policía Nacional, en su rol de Policía Judicial, y en el respeto de las Fuerzas Militares a la independencia de esa función.

Por último, al reconocer (como bien lo hace su escrito) la significativa reducción de casos de muertes cuestionadas en combate, no hay que perder de vista que el mérito de esa tendencia recae especialmente en una Fuerza Pública que interioriza día tras día el credo de los Derechos Humanos y revierte esa postura en todas sus actuaciones y desafíos operacionales.

Otra razón, muy poderosa, para justificar nuestra confianza en el porvenir de esta reforma.

2. El paquete legislativo del Gobierno Nacional busca fortalecer la Justicia Penal Militar, con garantías de imparcialidad e independencia

Este Ministerio no hace oídos sordos a los reclamos frente al proceder histórico de la Justicia Penal Militar. Por ello, precisamente, ha concebido los mecanismos legales para fortalecerla y renovar la confianza institucional y de la sociedad colombiana en cada una de sus actuaciones.

Así, desde el acto legislativo se impone la necesidad de legislar en torno a las garantías de independencia e imparcialidad de la Justicia Penal Militar, con miras a reforzar los derechos de las partes involucradas en sus procesos y preservar el espacio para el ejercicio efectivo de las labores de los defensores de Derechos Humanos.⁶

⁵ **Art. 250 C.N. Num. 8.** *Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.*

⁶ **Sobre esto, la exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo afirma:** *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, esta también parezca independiente e imparcial desde la perspectiva de un observador razonable.*



El paquete legislativo a radicar ante el Congreso de la República avanza en ese firme propósito. La separación absoluta del mando, la ubicación de los despachos fuera de unidades militares como regla general y preservar la Corte Suprema de Justicia como última instancia de la jurisdicción castrense son solo algunas previsiones para cristalizar esas garantías.

Entretanto, el desarrollo de esos temas será objeto de un proyecto de ley estatutaria que, valga recordar, contempla también un trámite reforzado con mayorías especiales y el control automático de la Corte Constitucional previo a su entrada en vigencia. La prevalencia de los poderes públicos y la participación de cualquier ciudadano en el devenir de esta iniciativa, es otro llamado a la tranquilidad.

Paralelo a ello, se impulsará un proyecto de ley ordinaria encaminado a reestructurar la jurisdicción castrense, implementar su fiscalía general penal militar, organizar su cuerpo técnico de investigación y adoptar previsiones para el tránsito al sistema penal oral acusatorio. Esta trascendental propuesta, consecuente con los requerimientos de una Justicia Penal Militar moderna, estricta, eficiente y autónoma, funge como otro instrumento para reafirmar ese propósito de credibilidad.

El Gobierno, en cabeza del Señor Presidente de la República, es consciente de que hoy se vive un nuevo entorno institucional y político que asegura que este paquete legislativo, de ninguna manera, se traduzca en impunidad y desprotección para los ciudadanos en sus garantías fundamentales. No podemos permitir que errores de nuestra propia historia lleven a conclusiones automáticas y a juicios de valor a priori, que parten de la errada percepción de que nuestra institucionalidad es ineficaz.

En este sentido, invitamos a Human Rights Watch a valorar el estado actual del contexto colombiano y, de esta manera, a reconocer que tenemos un País con la capacidad de impulsar instituciones serias, a la altura de los retos acometidos.

3. La lista de delitos excluidos aún está en discusión en el Congreso de la República.

Frente a este punto, es menester recordar que fue el Gobierno Nacional el que propuso la lista de delitos que, por su entidad y más allá de su calificación como infracciones al DIH, crímenes de guerra o graves violaciones a los Derechos Humanos debían ser expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar.

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.

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co - @mindefensa



Con profundo sustento en la realidad del conflicto colombiano le apostamos a esta norma constitucional de avanzada, consignada en el inciso 2 del artículo 3 de la iniciativa⁷, y sometimos su destino a la decisión que la Constitución reserva exclusivamente al legislador.

A partir de ahí, la propuesta ha sido objeto de un profundo y riguroso debate en su trasegar legislativo. Para el caso, en los cuatro primeros debates la Cámara de Representantes se decantó por una lista corta de delitos (lesa humanidad y genocidio) y la remisión a Ley Estatutaria de la inclusión de las demás conductas excluidas de la jurisdicción castrense. El Senado, por su parte, prefirió la propuesta del Gobierno (salvo un delito) y eliminó la remisión a ley posterior, redacción que a la postre recogió el texto aprobado en primera vuelta, con el beneplácito de los conciliadores de ambas corporaciones⁸.

En segunda vuelta la Cámara refrendó su postura y regresó una lista corta (lesa humanidad, genocidio y desaparición forzada), redacción que se impuso en el quinto y sexto debate a la iniciativa.

A la fecha, luego de siete debates, el texto aprobado por la Comisión Primera del Senado de la República amplió de tres a siete la lista de delitos expresamente excluidos del conocimiento de la justicia castrense, así:

“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.”

Así las cosas, queda claro que las posiciones jurídicas consignadas en las ponencias y textos aprobados por el Senado y Cámara son resultado de una viva y sostenida deliberación, connatural a un proceso abierto y democrático, ajeno a cualquier imposición o arbitrariedad.

⁷ **Inciso 2 artículo 3 del proyecto de acto legislativo radicado por el Gobierno Nacional:** “En ningún caso la Justicia Penal Militar conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado, violación y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y reclutamiento o uso de menores. Salvo los delitos anteriores, las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares.”

⁸ **Inciso 2 artículo 3 aprobado en primera vuelta por el Congreso de la República** “En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, ejecución extrajudicial, desplazamiento forzado, violencia sexual, y reclutamiento o uso de menores. 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.”



4. El Tribunal de Garantías Penales y la Comisión Mixta fortalecen la justicia y el Estado de Derecho.

Tribunal de Garantías Penales

El Tribunal es un órgano judicial que no pertenece al poder ejecutivo, con competencia en las dos jurisdicciones (ordinaria y penal militar) y cuya filosofía se rige por el ejercicio transversal y preferente de funciones de juez de control de garantías en las dos jurisdicciones, siempre que un militar o policía esté siendo investigado o acusado⁹.

Su existencia, como bien la describe la ponencia para tercer debate al proyecto de acto legislativo se justifica en tres poderosas razones:

- (1) *Propender por la coherencia y armonía en el sistema de garantías para víctimas e investigados*—si en el pasado se ha investigado un caso bajo determinadas circunstancias, es coherente que hoy sea obligatorio aplicar las mismas garantías propias de un proceso y una investigación penal a un caso idéntico o similar;
- (2) *Su estabilidad* —la estabilidad del sistema penal exige la permanencia en el tiempo de un Tribunal con funcionamiento transversal que controle la aplicación de manera uniforme en las dos jurisdicciones de la unidad en los criterios de interpretación a los casos concretos, lo que in situ incidiría en la garantía de la seguridad jurídica
- (3) *El respeto del principio de igualdad* – debe existir un Tribunal que vigile que el derecho trate del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros.

Sobre esto, y para responder a cualquier reparo frente a la vulneración al principio de igualdad, debe recordarse que existe un mandato constitucional de trato diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común.

Así las cosas, los miembros de la Fuerza Pública se encuentran en una relación especial de sujeción con el Estado, que por la especialidad de la función militar y policial y la asunción de cargas impuestas implican un trato adecuado, así como una organización judicial específica. De este modo, la creación del Tribunal hace realidad el artículo 13 de la Constitución colombiana.

Valga resaltar que este Órgano hará parte de la jurisdicción ordinaria y que su conformación será equilibrada y enteramente civil (ocho magistrados con calidades de Alta Corte, cuatro de ellos miembros en retiro de la Fuerza Pública). Los retos altamente técnicos a los que se verá abocado, derivados del conocimiento minucioso de los conflictos y sus normas aplicables, explican y validan el porqué de su composición.

⁹ El Senado de la República, en séptimo debate, decidió reincorporar en cabeza del Tribunal de Garantías Penales la facultad permanente de dirimir los conflictos de competencia entre la Justicia Ordinaria y Penal Militar.



Comisión Mixta

Respetuosamente estimamos que las preocupaciones frente a la creación a Comisión Mixta planteadas por Human Rights Watch desatienden el espíritu y alcance de este cuerpo de coordinación, inspirado en la figura de la Comisión Internacional de Establecimiento de Hechos, prevista en el artículo 90 del Protocolo Adicional I de Ginebra.

La concepción de esta instancia no es espontánea, sino que obedece a un riguroso análisis del contexto de las operaciones y procedimientos militares y policiales en Colombia, y de las dificultades de nuestros operadores de derecho frente a la constatación de hechos dudosos, derivados de esas acciones.

Así, surgió la idea de un mecanismo de carácter técnico y excepcional, integrado por miembros de las dos jurisdicciones, que brindara soporte en casos de complejidad, rindiera un concepto y sirviera como elemento de juicio para la precisión y celeridad en la definición del juez competente.

Los casos a presentar a continuación justifican, entre muchos otros, la razón de ser de esta Comisión:

- (Consejo Superior de la Judicatura) Auto 23 de febrero de 2011.
 - *La Fiscalía 21 seccional de Ibagué conoció de los hechos acaecidos el 4 de agosto de 2006 en la casa de habitación de la menor Claudia Patricia Gallego Vallejo en el municipio de Casabianca-Tolima, quien resultó muerta a causa de los disparos perpetrados por aeronaves de la Fuerza Aérea colombiana cuando hacían presencia en ese territorio, como consecuencia de una toma guerrillera realizada por el grupo de las Farc.*
 - El Juzgado de Instrucción Militar cesó el procedimiento "por encontrarse probado un eximente de responsabilidad". El Tribunal Superior Militar revocó esa decisión y además planteó conflicto de competencia con la Fiscalía, considerando que la *"tipificación de los hechos correspondería a homicidio en persona protegida, conducta que por ser atentatoria del Derecho Internacional Humanitario no puede ser conocida por la Justicia Penal Militar"*
 - El Consejo Superior de la Judicatura remitió la actuación a la jurisdicción ordinaria. Dijo que *"si bien los militares actuaron bajo unas órdenes de vuelo, es posible medianamente inferirse la ocurrencia de una posible extralimitación de sus funciones, máxime cuando en la casa de habitación de la menor no solo se encontró la vainilla que cesó su vida, sino otras de conformidad con el informe de balística obrante en folios 2 y 3 del cuaderno No. 3 e informe fotográfico visible a folios 82 a 98 del Cuaderno No.1 del expediente, circunstancias que obligan a que sea la representante de la justicia ordinaria la llamada a conocer de la investigación penal"*.
- (Consejo superior de la Judicatura) Auto 2 de agosto de 2010

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co - @mindefensa



- Enfrentamientos del Ejército con integrantes de las Farc. Registrada el área de los hechos fueron hallados dos hombres sin identificar, a quienes les fue encontrado material de guerra.
- El Consejo Superior dirime competencia a favor de la Justicia Ordinaria porque a pesar de que los hechos ocurrieron en servicio activo, al amparo de una orden de operaciones y que los militares narraron las circunstancias del combate aludido de manera uniforme, se entregaron versiones distintas sobre la distancia entre la tropa y los atacantes, y sobre la hora de los enfrentamientos. "En el asunto bajo examen existe duda sobre la configuración de los requisitos exigidos por la Carta Política, la legislación, para que su conocimiento sea asignado a la Justicia Penal Militar, pues si bien los hechos fueron cometidos por miembros del Ejército Nacional...existen serias dudas sobre la ocurrencia de los hechos en combate, pues las versiones no concuerdan en muchos aspectos como por ejemplo en lo relacionado con la hora del combate y en lo referente a la distancia que tenían respecto de los subversivos en el momento en que supuestamente se iniciaron los ataques".

En conclusión, la certeza del proceso judicial, la disminución en los tiempos de decisión y, por esa vía, las garantías para las partes involucradas ganan con la creación de una Comisión Mixta de verificación de hechos. El Estado de Derecho, contrario al dicho de su Organización, se fortalece.

No sobra recalcar que el desarrollo normativo del Tribunal de Garantías Penales y la Comisión Mixta estará a cargo de un proyecto de ley estatutaria. Como se ha advertido en puntos anteriores, el trámite de esta norma es reforzado y su aprobación se condiciona a la habilitación del juez constitucional, en ejercicio del control automático integral establecido en la Norma Superior.

Todo un esquema de filtros institucionales para garantizar el buen suceso de este proceso democrático y reafirmar su garantía de no impunidad frente a la sociedad colombiana y la Comunidad Internacional, tan atenta al devenir de este esfuerzo.

5. El artículo 4 transitorio aún está en discusión en el Congreso de la República

El artículo 4 transitorio ha sufrido a su vez importantes modificaciones, connaturales al proceso democrático y ajenas, por ende, a cualquier amago de prevención.

En concreto, la Cámara estableció en segundo debate que los casos de homicidio seguirían en la justicia ordinaria, hasta tanto se expidiera la ley estatutaria. El Senado, por su parte amplió el espectro del artículo, al decidir que las conductas establecidas en el inciso 2 del artículo 3 de la iniciativa (listado amplio) seguirían su curso en esa jurisdicción. En segunda vuelta la Cámara mantuvo esa fórmula frente a los tres delitos excluidos (lesa humanidad, genocidio y desaparición forzada) y eliminó la remisión a ley estatutaria, por no estar comprendida en el inciso 2 del artículo 3 de la propuesta.



Hoy, el artículo transitorio aprobado en séptimo debate vuelve a la fórmula aprobada en primera vuelta, esto es, a la garantía de que las investigaciones sobre cualquiera de las siete (7) conductas excluidas del conocimiento de la Justicia Penal Militar seguirán su curso en la justicia ordinaria.

Esta decisión del Congreso, encaminada a dar tranquilidad jurídica frente a la transitoriedad devenida de la promulgación del acto legislativo, es de buen recibo por parte del Gobierno Nacional.¹⁰

6. Los mal llamados “falsos positivos” no irán a la Justicia Penal Militar

Antes que nada, hay que reiterar que el Congreso, con el acompañamiento del Gobierno Nacional, ha reincorporado la ejecución extrajudicial al listado de conductas expresamente excluidas del conocimiento de la jurisdicción castrense.

Tal decisión, que debería responder a cualquier preocupación de su Organización en ese aspecto, resalta aún más la valía del mecanismo de coordinación entre el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General de la Nación, a activar con ocasión de esta trascendental reforma. La necesidad de cuantificar las investigaciones en curso y revisar su calificación con miras a precisar la jurisdicción competente para adelantarlas, garantizará que esos casos no sean objeto de polémica o transacción.

Ahora, el hecho de que ese tipo de delitos se califiquen como homicidios en persona protegida (aspecto este que inquieta a su Organización) es justamente otra razón para impulsar y acompañar esta reforma y el paquete legislativo que la ha de desarrollar. Con su entrada en vigor, cualquier incertidumbre sobre el destino de las investigaciones en las que se vean envueltos los militares y policías quedará reducida su mínima expresión.

Una conquista para la administración de justicia y los derechos de los colombianos que respetuosamente invitamos a valorar.

7. La ayuda militar estadounidense y la competencia de la Corte Penal Internacional

Los argumentos de su Organización en estos puntos parten de supuestos de imposible verificación en el estado actual del proceso legislativo, y desconocen de paso los esfuerzos acometidos por este País en los últimos años. En ese orden de ideas, la afirmación según la cual Estados Unidos podría suspender la asistencia militar a Colombia so pretexto de esta reforma, resulta inadmisibles hasta

¹⁰ **Artículo 4° Transitorio.** Los procesos penales que se adelanten contra los miembros de la Fuerza Pública por los delitos expresamente excluidos del conocimiento de la Justicia Penal Militar en el inciso 2 del artículo 3 del presente acto legislativo y que se encuentren en la justicia ordinaria, continuarán en esta.



tanto no se materialicen los postulados de esta apuesta que el Gobierno colombiano considera ganadora.

Entretanto, el Gobierno de Colombia no ha recibido de parte de los Estados Unidos manifestación alguna en el sentido sugerido, en el entendido que ese País no requiere de Human Rights Watch para expresar sus posiciones, o que sus decisiones no dependen del deseo de validar los anuncios efectuados por esa Organización.

Sobra decir que el respeto y observancia a los Derechos Humanos, más allá de cualquier insinuación, es un imperativo del Estado colombiano.

En cuanto a la competencia de la Corte Penal Internacional, entendida esta como complementaria y respetuosa de la primacía formal de las jurisdicciones nacionales de conformidad con el artículo 17 del Estatuto de Roma, la premisa es la misma.

El querer fortalecer la jurisdicción castrense no puede implicar, en modo alguno, indisposición por parte del Estado colombiano para juzgar crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad (estos últimos de conocimiento exclusivo de la justicia ordinaria, según el proyecto de acto legislativo) o cualquier otro delito de competencia de esa instancia transnacional.

Los propósitos de esta reforma apuntan, precisamente y como lo demuestra cada uno de los puntos abordados en este escrito, a inyectar eficacia, celeridad y credibilidad a nuestras instituciones en favor de los derechos y garantías, no solo de los integrantes de la Fuerza Pública, sino de todos los colombianos.

El Gobierno Nacional, fiel a su talante democrático, valora los aportes de Human Rights Watch y de todos los sectores que desde una u otra posición se interesan en la reforma a la Justicia Penal Militar. Por encima de cualquier diferencia, tenga la seguridad de que sus anhelos son y seguirán siendo los nuestros.

Cordialmente,

JUAN CARLOS PINZÓN BUENO
Ministro de Defensa Nacional